

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

La théorie institutionnelle
et le fonctionnement
de la société anonyme

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

M. Emile GAILLARD



LYON

IMPRIMERIE DES MISSIONS AFRICAINES

150, Cours Gambetta

1932

**La théorie institutionnelle
et le fonctionnement de la société anonyme**

La théorie institutionnelle
et le fonctionnement
de la société anonyme

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

M. Emile GAILLARD



LYON

IMPRIMERIE DES MISSIONS AFRICAINES
150, Cours Gambetta

—
1932

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires :

- MM. APPLETON (Charles), *, O.
APPLETON (Jean), O. *, O. I.

Professeurs

- MM. JOSSERAND, *, O. I., Doyen, Professeur de *Droit civil*.
PIC (Paul), * O., O. I., Professeur de *Droit international public*.
LAMBERT, *, O. I., Professeur de *Droit comparé*.
LAMEIRE, *, O. I., Professeur de *Droit constitutionnel*.
LÉVY, *, O. I., Professeur de *Droit civil*.
GONNARD, †, O. I., Professeur d'*Economie politique*.
ANTONELLI, *, †, O. I., Professeur d'*Histoire des doctrines économiques*.
PERROUD, †, O. I., Professeur de *Procédure civile*.
COHENDY (Georges), O. I., Professeur de *Droit commercial général*.
GARRAUD (Pierre), †, O., Professeur de *Droit criminel*.
ROUBIER, O., Professeur de *Droit civil*.
FALLETTI, Professeur de *Droit Romain*.
LAMBERT (Jacques), Professeur chargé des *institutions internationales de la Paix*.
DE LAPLANCHE, Professeur d'*Histoire de Droit*.
NICOLAS, Professeur de *Droit administratif*.

Agrégés

- MM. PHILIP, chargé de cours d'*Economie politique*.
PERROUX (François), *Science des Finances*.

Chargé de cours

- M. CONDOMINE, O. A., *Droit civil* (Capacité, 1^{re} année).

Secrétariat

- M. DUBROCA, O. A., secrétaire.



MEMBRES DU JURY

- M. COHENDY G., Professeur à la Faculté de Droit, *président*.
M. GONNARD, Professeur à la Faculté de Droit.
M. PHILIP, Agrégé à la Faculté de Droit. } *assesseurs*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA MÈRE

Introduction économique

La société anonyme de 1867 est une pure société de capitaux constituée sous la forme d'une république parlementaire.

Elle est devenue aujourd'hui la forme d'un grand nombre d'entreprises, 28 ou 30.000, selon M. Dauthy. Sous réserve des critiques qui lui seront adressées au cours de ce travail nous allons voir tout d'abord qu'elle n'est pas sans présenter quelques avantages.

I. — Avantages de la société anonyme

Le développement des sociétés de capitaux est un retour à une forme plus finaliste, plus fonctionnelle de la propriété, c'est une réaction contre l'individualisme.

Un exemple le montrera : Quiconque possède une grange au milieu d'un champ peut en disposer comme bon lui semble, voire même y mettre le feu. Si cette grange est mise en société cela devient impossible, elle doit servir le but social, elle est affectée à une fin, à une fonction économique dont elle ne doit plus être détournée.

La mise en œuvre du capital redevient fonctionnelle et semi-collective. Par ailleurs le capitaliste conserve intact son droit individuel à la valeur de son épargne représentée par le titre mobilier.

Un autre avantage de la Société anonyme est la limitation du risque. Aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise, c'est ainsi que la catastrophe de Panama qui cousta 1.300 millions ne ruina que fort peu de gens. (1)

(1) Cf. Le P. Albert Valensin. Traité de Droit Naturel. T. II, page 190.

Les créanciers sociaux n'ont qu'un gage réel, aucun gage personnel. C'est ce qui fait la supériorité principale de la Société anonyme sur la commandite par actions. On ne veut plus aujourd'hui encourir la responsabilité, « in infinitum » parce qu'on a la possibilité de l'éviter.

On a adressé au principe de la responsabilité limitée des critiques d'ordre moral, on n'admet pas qu'une catastrophe, ruinant la société ne ruine pas en même temps les administrateurs.

Il ne semble pas que ces critiques soient fondées : ou les administrateurs ont commis des fautes et ils en sont responsables sur leur patrimoine personnel, ou ils n'en ont pas commis et on ne voit pas la nécessité de leur faire supporter les conséquences d'événements auxquels ils ne peuvent rien.

La responsabilité délictuelle doit demeurer personnelle, mais la responsabilité contractuelle peut fort bien devenir réelle.

Naguère le créancier avait pour gage un droit général sur les biens et la personne du débiteur, désormais il n'aura pour gage qu'un bien de production déterminée.

La responsabilité limitée, si la loi (1) assigne au gage un minimum suffisant pour qu'il soit efficace, n'a contre elle que sa nouveauté dans le domaine commercial. Lorsqu'un commerçant traite avec un autre, il est habitué à avoir pour gage sa force de travail et tout son patrimoine. Il ne tient pas compte de la mention « Société Anonyme » et il est déçu de n'avoir pour gage que l'actif social. (2)

Avec la responsabilité limitée s'étend dans le domaine des affaires le principe de gage réel, le « census assignativus » de notre ancien Droit. La créance sur la société cesse d'être gagée sur une personne humaine.

(1) Cf. sur ce point le vœu de la Chambre de Commerce de Lyon, du 24 janvier 1924.

(2) Sans doute est-ce de la légèreté mais les habitudes d'esprit sont puissantes. Il semble que ce soit le seul fondement du reproche d'immoralité et de fraude adressé au principe de la responsabilité limitée.

Elle devient en réalité un démembrement dans la propriété d'un bien de production. (1)

La Société anonyme a contribué au développement industriel en facilitant la réunion de gros capitaux. Quel capitaliste eût pu fournir l'argent nécessaire au percement de l'isthme de Suez ? (2)

La division de son capital en actions interchangeable, transmissibles par simple tradition comme des pièces de monnaie lui permet de drainer l'épargne de milliers de capitalistes. C'est pourquoi elle est la forme normale des grandes entreprises.

II. — Rôle de la société anonyme

Sous l'ancien régime elle fut notamment le moule des grandes compagnies de commerce auxquelles la France confiait la mise en valeur de ses colonies, sortes d'établissements publics (3) à but lucratif, dépendant étroitement du pouvoir central.

Au *xix^e* siècle les sociétés anonymes vont se multiplier avec les grandes entreprises issues du capitalisme industriel et financier.

Elles vont se multiplier aussi parce que des sociétés en nom collectif ou en commandite, des entrepreneurs individuels vont donner à des entreprises de moyenne ou de petite importance, la forme anonyme pour éviter la responsabilité « in infinitum ». Il en résultera des sociétés anonymes de 7 actionnaires, dont un seul possède le tiers ou la moitié du capital.

(1) Elle disparaît avec le patrimoine social. Il n'y a plus en réalité prêt à intérêt, mais une forme dérivée du triple contrat qui joue normalement.

Si l'on rapproche du développement des sociétés de capitaux, le développement des institutions de crédit d'assistance, sans but lucratif, on voit que les conceptions médiévales sur le prêt à intérêt ne sont peut-être pas bien loin d'être réalisées cependant qu'on les taxe encore de chimères.

(2) Traité du Droit Naturel du P. Valensin. P. 190, T. II.

(3) Peut-être la société anonyme retrouvera-t-elle un jour ce caractère semi-privé, semi-public selon Monsieur Cuhe, semaine sociale de Lyon 1925, p. 361, et Monsieur Hauriou, Principes du Droit Public, P. 207, II^e édition, l'usine « est destinée à devenir tôt ou tard un établissement d'utilité publique ». Mais la vieille distinction du Droit Public et du Droit Privé ne sera-t-elle pas un jour supplantée par celle du Droit individuel et du Droit institutionnel : des droits à finalité individuelle et des pouvoirs qui ont pour but un intérêt commun.

Cette évolution se poursuivra jusqu'en 1925, année où le législateur introduit en France la société à responsabilité limitée. Celle-ci semble la forme normale des petites ou moyennes entreprises. Par ses avantages elle tend à remplacer les Sociétés anonymes qui ne font pas appel au grand public, (ses titres ne sont pas négociables et leur transmissibilité est restreinte).

La forme anonyme semble donc de nouveau réservée aux grandes sociétés qui font appel au grand public et dont les titres doivent pouvoir circuler librement.

Au point de vue économique c'est cette fonction qui la caractérise.

III. — Modifications du milieu économique dans lequel évolue la société anonyme

Jusqu'au XVIII^e siècle les actions demeurèrent réparties entre un petit nombre de gros propriétaires dont la personne était connue. Elles constituaient un placement familial (1) et ne circulaient guère plus que la propriété foncière.

Avec Law commence l'ère de la spéculation. L'action cesse d'être envisagée toujours comme un objet de placement, une valeur réelle, pour devenir souvent un objet de trafic dont les variations de cours apporteront la fortune aux habiles, la ruine aux moins experts c'est-à-dire habituellement aux petits.

DISPERSION. — Au XIX^e siècle, les grandes sociétés se multiplient les capitalistes avisés répartissent leur avoir entre diverses sociétés de telle sorte qu'ils n'aient dans chacune qu'un intérêt relativement minime. Le principe de la division des risques les conduit à pratiquer la division de leur portefeuille.

L'usage des valeurs mobilières cesse d'être le privilège

(1) Quelquefois leur souscription était acte de bon Français. Quiconque occupait une certaine situation sociale était parfois moralement obligé de participer à la constitution des grandes compagnies de colonisation. le but lucratif n'était pas le seul.

de quelques grosses fortunes citadines pour s'étendre peu à peu à toutes les classes possédantes.

Les ouvriers, les petits employés, mieux payés peuvent épargner, ils placent leur petit capital en valeurs mobilières.

Cette évolution, la démocratisation de l'épargne, s'est développée beaucoup depuis 1867 à tel point que la situation est renversée. Telle société dont le capital était naguère réuni entre les mains d'un petit nombre de gros actionnaires, le voit aujourd'hui disséminé entre une multitude de petits. Quelques chiffres en donneront l'idée.

Au 31 décembre 1928, les 600.000 actions du Crédit Foncier auraient été détenues par 48.826 titulaires. Au 31 décembre 1930 le nombre des actionnaires atteignait 56.697. Le porteur moyen n'a guère plus de dix actions.

Les 1.250.000 titres de la Société Générale, sont possédés par 130.000 actionnaires ce qui indique que le porteur moyen est détenteur de moins de dix actions.

Le nombre des actions de la Banque de France était 16.062 au 24 décembre 1870, 31.249 au 24 décembre 1930 soit une augmentation de près de 100%.

Quant aux porteurs d'une seule action du Crédit Foncier, ils étaient 11.341 fin décembre 1928, 14.632 fin décembre 1929, 15.222 fin décembre 1930, soit une augmentation de plus de 30%. Le *Pour et le Contre* (1) donne les chiffres suivants : Aux Etats Unis le nombre des porteurs de valeurs mobilières aurait passé de 4.400.000 en 1913, à 14.000.000 en 1923.

Cette évolution, excellente pour la collectivité, apporte au fonctionnement des sociétés anonymes des transformations telles que le régime légal du siècle dernier devient complètement caduc.

« Les petits actionnaires s'abstiennent d'assister aux assemblées auxquelles ils sont convoqués, soit parce que à

(1) Du 13 mars 1927.

raison de leur peu d'aptitude aux affaires commerciales, industrielles ou de banque, ils se trouvent complètement dépayés parmi les spécialistes ou les financiers qui composent le public habituel de ces réunions, soit parce que, habitant loin du siège, ils ne peuvent s'exposer aux frais d'un voyage inutile pour eux » (1). De la démocratisation de l'Épargne et de la dispersion du portefeuille résulte la carence des assemblées,

Or, en droit, l'actionnaire est tout dans la société anonyme, l'assemblée jouit d'une quasi omnipotence, d'un pouvoir non seulement absolu mais arbitraire, extrêmement étendu puisqu'il comporte même la direction de la société.

En fait la majorité se compose de pouvoirs en blanc que les actionnaires envoient aux administrateurs signés d'avance. Ces derniers font voter la majorité comme bon leur semble et disposent de l'omnipotence de l'assemblée (2), ils jouissent ainsi d'une dictature incontrôlée.

INSTITUTIONNALISATION.— Pendant que l'Épargne perdait toute influence aux assemblées, la Finance voyait grandir la sienne.

Individus et sociétés vivaient naguère isolés, juxtaposés, sans liens durables de collaboration entre eux conformément aux principes du libéralisme économique.

Aujourd'hui ils s'organisent de plus en plus en groupes cohérents et forts. La pratique de ces groupes (syndicats

(2) Rapport de M. le Sénateur Dauthy, 17 décembre 1930.

Il faut encore parler de la démocratisation de la spéculation. Un grand nombre de capitalistes moyens et petits achètent des actions pour faire non un placement mais une spéculation. Ils ont le désir de spéculer non celui de collaborer dans la société, ils ne se soucient pas de sa gestion. Voir M. Picard, « Les actions à vote privilégié » Revue d'Économie Politique, de Septembre-Octobre 1930.

(1) « L'assemblée des actionnaires ne représente pas les actionnaires, elle représente surtout le Conseil d'administration... Ce sont les administrateurs qui se nomment eux-mêmes et qui, naturellement, étant toujours satisfaits d'eux-mêmes, se réélisent indéfiniment. Ils désignent eux-mêmes leurs propres contrôleurs, se rendent à eux-mêmes des comptes et les approuvent ; ils ne se refusent jamais le quitus de leur gestion et des responsabilités qu'ils ont pu encourir ; ils laissent aux bilans une obscurité suffisante pour que nul en dehors d'eux, ne connaisse le véritable état des affaires sociales ; et, toujours maîtres de l'affectation des ressources disponibles, ils dirigent l'évolution générale de la société selon leur bon plaisir. Pouvoir irresponsable, et inamovible sans contre poids ni contrôle : c'est une véritable dictature ». M. E. Gounot, Actionnaires et Conseils d'administration. Cours à la Semaine Sociale de Mulhouse, p. 333.

financiers, holdings trusts, sociétés liées par des prises de participation (1) a pris depuis 1867 un grand développement. Par ailleurs la circulation plus rapide des titres leur permet d'acheter aisément une grande quantité d'actions et d'acquérir d'autant plus facilement la majorité à l'assemblée, que celle-ci a davantage été désertée par les véritables intéressés.

La société devra craindre que l'omnipotence de son assemblée ne soit utilisée contre elle par les groupes financiers. Le danger est d'autant plus grand que le tribunal se refuse souvent à pénétrer dans le fonctionnement des sociétés pour y faire régner la justice.

En théorie, l'assemblée est tout pour le bien de la société, en fait rien, sinon parfois un danger.

La société anonyme traverse actuellement une crise constitutionnelle. En ce qui concerne son fonctionnement, donner quelques suggestions sur la solution de cette crise sera le but de ce travail.

« Il faut par une efficace pesée sur les faits et par une opportune correction des théories légales mettre fin au divorce entre le fait et le droit » (2).

Le législateur semble conduit d'une part à rendre, autant qu'il est possible, un peu de vie à l'assemblée, et d'autre part à diminuer son pouvoir écrasant.

Il restreindra non seulement le pouvoir lui-même de l'assemblée, mais aussi l'usage qui pourra en être fait, en sorte qu'aucun groupe financier ne puisse l'utiliser contre la société, mais seulement dans son intérêt selon les règles de la bonne foi.

Il recourra pour cela au contrôle du juge « ministre d'équité » (2) et consacrera la théorie institutionnelle.

(1) Cf. M. Tchernoff « Les Syndicats financiers », p. 13 à 17 et la thèse toute récente de M. Charignon « Sociétés de placements et Sociétés de contrôle », p. 15 à 39.

(2) M. E. Gounot. Semaine Sociale de Mulhouse 1931.

(3) Cf. M. E. Gounot. « Le Principe de l'Autonomie de la volonté en Droit privé », p. 210 et art. II du titre V du livre préliminaire. (o. Finet t. II, p. 7). Du projet de code civil de l'an VIII.

1^{ère} PARTIE

Les Principes

CHAPITRE I

Théorie contractuelle

A) Exposé, Fondation, Fonctionnement

Dans le domaine du Droit, la société anonyme a donné lieu à deux interprétations doctrinales. La première, la théorie contractuelle perd de jour en jour ses partisans. La seconde, la théorie institutionnelle consacrée aujourd'hui par la jurisprudence n'est peut être que le développement normal des prémices de la première.

La conception contractuelle, inspirée du « Contrat Social » de Rousseau se refuse à voir dans la société anonyme et dans son fonctionnement (1) autre chose qu'un contrat ordinaire et l'exécution d'un contrat, d'où son nom de « contractuelle »

Il n'y a dans la société anonyme que des intérêts individuels, des droits individuels, des volontés individuelles,

(1) « Tout le fonctionnement de la société depuis sa naissance jusqu'à sa mort ne serait que l'accomplissement des prévisions contractuelles, l'exécution selon le droit commun des prestations réciproques promises par les parties. » M. E. Gounot, « Le Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit privé » p. 263. Cf. Hauriou, « L'Institution et le Droit statutaire » dans le recueil de législation de Toulouse. 1906, p. 174.

celles-ci détachées de toute finalité, libres de toute règle de raison ou d'équité, vont par une série de contrats organisés, faire fonctionner la société et créer tous droits en elle.

La Société est fondée par un contrat. Conformément à ce contrat chaque actionnaire apporte une somme d'argent en échange de laquelle il reçoit un titre lui donnant un droit dans le partage de l'actif en cas de dissolution. Au titre est attachée une feuille de coupons lui donnant un droit dans les bénéfices annuels, et accessoirement à ces intérêts financiers, un droit de vote dans l'assemblée.

Ayant pour fin les intérêts particuliers de leurs titulaires, les droits de vote respectifs des actionnaires seront rigoureusement proportionnels aux intérêts qu'ils doivent défendre. Ce sont les actions qui votent et non les actionnaires. (1)

DÉLÉGATION DE VOLONTÉ. — Les actionnaires se sont en effet réunis pour former une assemblée dans laquelle repose toute autorité. Celle-ci dirige la société et accomplit, au moins en théorie, les opérations nécessaires à son fonctionnement. En fait elle ne siège pas en permanence mais seulement une heure ou deux par an. Il lui est difficile de se renseigner elle-même sur l'état des affaires sociales. Elle va confier cette mission à des commissaires de surveillance par une délégation libre et toujours révocable des pouvoirs qui reposent en elle.

Pour la même raison et pour d'autres que nous examinerons plus loin, elle ne peut assurer elle-même l'exécution de ses décisions, elle en confie le soin, par une délégation librement donnée (2) et souverainement révocable à des mandataires improprement appelés directeurs. — Ceux-ci représentent la volonté déléguée de la majorité dans laquelle l'autorité ne cesse de reposer toute entière, au moins vir-

(1) Cf. Jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, 12 juin 1912. M. H. Mazeaud : « Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux », p. 292. Cf. Dans le même sens, M. le Sénateur Dauthy. Rapport au Sénat du 17 décembre 1930. Sous une forme démocratique elle voile une réalité ploutocratique.

(2) Dans le cadre de la loi, mais suivant la même doctrine, la loi n'est pas autre chose que l'expression du souverain. La théorie contractuelle découle du principe de l'autonomie de la volonté, elle est la mise en œuvre dans le droit privé du « quidquid principi placuit légis habet vigorem », des romanistes, du légisme de Louis XIV et de la Convention.

tuellement, — En droit sinon toujours en fait, c'est l'assemblée qui dirige à travers les administrateurs. Chaque année l'assemblée en ratifiant leur gestion, leur donne quitus de leur mandat dont elle prend les actes à son compte.

FICTION D'UNANIMITÉ. — Mais dira-t-on l'assemblée n'adopte pas toujours ces mesures à l'unanimité, une minorité plus ou moins nombreuse s'y oppose parfois. Comment des volontés autonomes vont-elles se trouver liées par la décision de la majorité sans l'avoir voulu — alors même qu'elles y sont opposées ?

Une fiction vient à point résoudre la difficulté. En entrant dans la société, les actionnaires « sont censés avoir voulu » tout ce que voudra la majorité. De la sorte l'unanimité se trouve fictivement réalisée bon gré, mal gré au profit de la majorité. Celle-ci en vertu d'une présomption d'infailibilité fera souverainement (1) la loi dans la société, elle représentera la volonté de la « personne morale ».

B) De la personnalité morale

a) VALEUR EXTERNE. — Sept personnes en s'associant ont fait naître à la vie juridique une huitième personne fictive : la personne morale. Celle-ci représente en justice l'intérêt social. Celui-ci d'ailleurs ne doit pas être regardé comme un intérêt intermédiaire entre l'individu et l'Etat. Rien ne doit diminuer l'omnipotence de l'Etat et l'indépendance des individus, entre eux il ne doit y avoir aucun corps, aucune institution, aucun « intérêt intermédiaire » (2)

Ce que l'on appelle intérêt social n'est que la somme des intérêts individuels des associés c'est-à-dire l'intérêt indi-

(1) Cf. Rousseau (Le contrat social, IV, 2). « Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui ; quand l'avis contraire au sien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon qu'il s'était trompé ». « Le contraindre à obéir c'est le forcer d'être libre » (1, 7).

(2) L'exposé des motifs de la loi du 14 juin 1791, loi de Chapelier « Il n'y a plus de corporation dans l'Etat, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général, il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation. » Cf. M. Paul Cuche, cours à la semaine sociale de Lyon 1925.

viduel de la majorité comme la volonté de la société n'est que la somme algébrique des volontés des associés : la volonté de la majorité.

b) VALEUR INTERNE. — La fiction de personnalité morale ne s'applique pas seulement dans les rapports de la société avec les tiers, mais aussi dans ses rapports avec les associés, dans son organisation interne.

Le juge s'interdit de pénétrer dans les actes intérieurs de la personne morale.

Quel que préjudice que lui cause le fonctionnement de la société, l'actionnaire ne peut formuler aucune réclamation devant les tribunaux. — Les décisions de l'assemblée sont souveraines sous les seules conditions qu'elles soient régulières en la forme et qu'elles soient prises en connaissance de cause (1)

Le caractère souverain appartient notamment aux décisions qui révoquent les administrateurs. Même dictées par l'intention de nuire elles ne sont pas abusives sans doute parce que minorités et administrateurs « sont censés les avoir voulues ».

A la même fiction de personnalité morale il faut rattacher le droit souverain pour la majorité d'accorder aux administrateurs quitus ou décharge de la responsabilité des dol ou fautes lourdes qu'ils ont pu commettre dans l'exécution de leur mandat.

Ceci découle de la fiction d'immunité. La minorité ne saurait se plaindre du dommage qui lui a été causé par dol dans la gestion de la société puisqu'elle est censée avoir voulu la décision que lui a imposée la majorité et avoir elle-même donné décharge aux administrateurs.

(1) Il suffit que le consentement de la majorité n'ait pas été vicié, par l'erreur ou par le dol. Il suffit que la majorité ne se soit pas trompée et qu'elle n'ait pas été trompée. La jurisprudence belge paraît adopter cette opinion dans un arrêt du tribunal de commerce de Gand du 6 juin 1925 (Marie Dutry et Juliette Grez, société anonyme usine de Keuklaere. Revue pratique sociétés belges 1926, 146 n° 2683) « Les actionnaires ou obligataires n'ont pas d'action personnelle leur permettant de requérir l'intervention des tribunaux dans la gestion de la société. L'exercice et la surveillance de cette gestion appartiennent aux seuls organismes sociaux créés par la loi et par les statuts, les tribunaux ne peuvent s'y immiscer ». Cf. René David. La Protection des Minorités dans les sociétés par actions, p. 143.

Singulier contrat, cette société anonyme où l'une des parties doit supporter sans recours le dol des autres !

Aussi nous voyons un auteur belge écrire : « Dans les « sociétés de capitaux, les minorités sont fatalement destinées « au sacrifice par le jeu même du système, chacun doit bien « se rappeler aujourd'hui avant d'adhérer comme actionnaire « à une société anonyme que la contrée où il s'engage est une « contrée neuve et peu organisée, une sorte de région frontière « du droit dotée de mœurs spéciales, régie par l'électoratisme « indiscipliné des intérêts de groupes ou de coteries (1). Le « domaine juridique de la gestion des sociétés anonymes est « comme un vaste terrain vague, infréquenté de l'autorité « judiciaire, où c'est en réalité la force incontrôlée du nombre « qui fait la loi. L'actionnaire y est seul, à lui de se garder, « en trouvant avec qui pratiquer la loi de la jungle. Même l'axiome « suprême de la vie juridique, celui de la foi inviolable des « contrats ne l'y pourra efficacement protéger. »

C) Des modifications statutaires

Du moins suivant la logique de la théorie contractuelle, les minorités devraient se trouver protégées par l'immutabilité des statuts. Ceux-ci ont pu imposer au fonctionnement de l'assemblée des règles qui ne sauraient être modifiées sans le consentement unanime des associés. Selon une règle fondamentale de Droit on ne peut modifier un contrat sans le consentement de toutes les parties qui l'ont formé. (2)

(1) Revue pratiques Sociétés Belges 1926. N° 2683. Il convient d'ajouter que tous les auteurs belges n'ont pas des conceptions aussi pessimistes. ? La théorie générale du dol », écrit Paridant, interdit les résolutions qui, dictées par des intérêts personnels, prendraient le masque de l'intérêt général. — Son principe est énoncé par l'alinéa 3 de l'art. 1134, aux termes duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Sont prises de bonne foi les décisions adoptées par la majorité de l'Assemblée Générale, réellement en vue de l'intérêt social. « *Fraus omnia corrumpit* ». Les décisions prises régulièrement en la forme, mais qui n'ont d'autre objet que de favoriser certains actionnaires au détriment de certains autres sont annulables, l'appréciation des tribunaux saura les distinguer ». Cité par M. René David, p. 144. Mais n'anticipons pas, M. Paridant vient ici de consacrer au nom de la bonne foi la théorie institutionnelle.

(2) « Il est de principe que dans la sphère contractuelle, chaque partie est autonome, souveraine, juridiquement égale à toutes les autres ensemble. A

La nécessité de réunir l'unanimité des actionnaires rendait pratiquement impossible les modifications des statuts ; jamais les décisions d'une grande société ne parvenaient à réunir l'unanimité. Il y avait toujours des opposants, du moins des absents, voire même des titres égarés, et cependant il fallait pouvoir les modifier pour permettre aux sociétés de vivre, de prospérer, ou simplement d'échapper à la ruine. La solution donnée par la théorie contractuelle était en pratique inadmissible et n'a jamais été adoptée par aucun tribunal. La jurisprudence a toujours proclamé la possibilité de modifier les statuts sans le consentement unanime des associés. Comment concilier cette solution avec la théorie contractuelle ? Ici encore la fiction apportera son précieux secours pour adapter la théorie contractuelle à la réalité. (Que ne ferait-on pas avec des fictions ?) Tous les associés sont censés avoir voulu toutes les modifications (1) que la majorité voudra apporter au pacte social, alors même que celui-ci ne contiendrait aucune clause prévoyant cette docilité .

DES BASES ESSENTIELLES. — La majorité pourra apporter aux statuts toutes les modifications qu'elle voudra. Non pas toutes cependant. La théorie des bases essentielles (2) apportait des limites objectives à la faculté de modifier des statuts en distinguant dans le pacte social les clauses accessoires qui pouvaient être modifiées par la majorité et des clauses ou « bases essentielles » dont la modification requérait l'unanimité.

Ces dernières étaient constituées par les limites ou conditions que les associés avaient apportées à leur engagement.

Le texte de la loi de 1913 n'en mentionne que deux : la nationalité de la société et la quotité de l'engagement de

l'égard d'une minorité non consentante, la décision d'une majorité devrait donc être « *res inter alios acta* ». Monsieur E. Gounot, *Le Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit Privé*. p. 272.

(1) « On pourrait également prétendre avec ni plus ni moins de raison qu'en prenant part à un scrutin pour l'élection d'un député, je veux toutes les lois que votera plus tard le candidat élu, même si c'est à son concurrent que je donne mon suffrage. » M. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté de droit privé*, p. 273.

(2) Que suit encore aujourd'hui la jurisprudence belge.

l'actionnaire. Celui qui a promis cent francs à la société ne peut être contraint d'en apporter deux cents. Les engagements des actionnaires ne peuvent être augmentés sans leur consentement unanime.

De même pour modifier la nationalité de la société et par là le régime juridique auquel elle est soumise, l'unanimité est nécessaire.

La majorité peut gérer le patrimoine de la société comme bon lui semble, changer l'objet de la société, proroger sa durée, et si l'on combine cette faculté avec celle de ne pas distribuer les bénéfices annuels, ne jamais rien donner aux actionnaires.

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de *partager* le bénéfice qui pourra en résulter » nous dit l'article 1832 du code civil.

A ce texte il faudrait, en ce qui concerne la société anonyme en opposer un autre modifié comme suit : « La société est un contrat... dans la vue de *réaliser* des bénéfices.

L'associé apporte son capital à la société, personne morale ; en échange il reçoit une créance de « ce qu'elle voudra bien lui donner » (Singuliers effets d'un contrat synallagmatique où la prestation de l'une des parties est soumise à la condition purement protestative de son bon vouloir.)

Que dirait-on d'un contrat de prêt dans lequel le débiteur aurait toute liberté pour se ruiner, ajourner « sine die » non seulement le paiement des intérêts mais encore celui du principal, sans avoir à craindre l'intervention des tribunaux ?

Dans son commentaire de la loi du 22 novembre 1913, M. Wahl a pu écrire (1) : « Les droits de la minorité sont aujourd'hui officiellement et radicalement supprimés, les droits « des actionnaires peuvent être impunément violés ».

(1) Wahl. Commentaire de la loi du 22 novembre 1913. J. S. 1914, n° 45, p. 91.

CHAPITRE II

De la théorie contractuelle à la théorie institutionnelle

De quelques modifications ou contradictions apportées à la théorie contractuelle par les règles générales d'interprétation des contrats.

A) Intention des parties

Les contrats doivent être exécutés selon l'intention des parties. Ce principe va nous conduire à consacrer un nouveau droit propre à l'actionnaire, celui d'exiger que l'intérêt social ne soit pas violé par dol ou faute lourde et, la théorie institutionnelle. En entrant dans la société la minorité n'a pas eu l'intention de faire des libéralités à la majorité ou de lui donner le pouvoir de dilapider son apport. Elle a le droit propre de n'être pas spoliée c'est-à-dire d'exiger que l'intérêt social soit normalement poursuivi.

Les causes qui mettent obstacle à la poursuite de l'intérêt social sont les unes étrangères aux associés tels les cas de force majeure. Les autres inhérentes aux associés.

On peut classer ces dernières en deux catégories : 1^o) Fonctionnement insuffisant d'un organe de la société. Chaque actionnaire a droit d'exiger un minimum de bon fonctionnement des rouages essentiels de la société. Il a le droit d'exiger par exemple que la direction gère avec un minimum de prudence et d'habileté, ne commette pas de faute lourde. 2^o) Détournement de l'activité sociale. L'activité de la société doit poursuivre l'intérêt commun, c'est-à-dire le bien de tous et

de chacun des associés, et non pas le bien particulier de quelques uns d'entre eux.

Cette poursuite de l'intérêt commun est le seul équivalent de l'apport des associés et elle marque aussi la limite de leurs engagements. Dans le domaine purement contractuel ou individuel, les droits sont limités en des facultés respectives appartenant à tel ou tel autre ; celui-ci a le droit d'exiger telle prestation, celui-là telle autre. Celui-ci possède tel champ, celui-là le champ voisin.

Dans le domaine social, les facultés des contractants sont confondues en un seul faisceau commun.

La limite des droits des associés se trouve non plus, dans les facultés mises en commun, mais dans leur usage. C'est une limite finaliste, les facultés communes devront poursuivre le but auquel elles ont été affectées et non un autre.

Un exemple rendra ces idées plus sensibles. Deux laboureurs possèdent deux champs limitrophes séparés par une haie. Ils abattent celle-ci et mettent leurs champs en société, ils les réunissent en un seul qui forme le « patrimoine social ».

Aucun associé n'a de droit particulier sur aucune de ces parties, mais chacun a le droit d'exiger qu'il en soit fait un certain usage.

Le patrimoine social devra être cultivé par l'associé directeur pour obtenir une récolte de maïs qui sera partagée entre eux. Chacun a apporté une partie du champ, mais chacun a une part de la récolte, il fait un bénéfice correspondant à sa mise, tout est bien.

Supposons au contraire que, paresseux l'associé directeur laisse le champ social en friche. L'autre va se plaindre, il a apporté une parcelle de terre et ne reçoit rien puisqu'il n'y a point de récolte, point de bénéfice à partager. De plus la terre inculte va se couvrir de ronces et perdre sa valeur. Il est frustré par la faute lourde de son associé, il va demander la dissolution de la société, avant terme, en vertu de l'art. 1871.

Après avoir étudié l'insuffisance de l'activité sociale, nous allons examiner son détournement.

Diligent l'associé directeur laboure et ensemence le champ, mais, au printemps, au moment où le maïs est encore un fourrage, il y mène paître son troupeau ou celui d'un de ses amis.

Pour l'associé directeur l'affaire est bonne, son troupeau va se nourrir à bon compte. Mais la récolte de maïs est perdue, l'autre associé qui en espérait une part se trouve frustré. L'usage du champ n'a pas eu pour but l'intérêt commun des deux associés mais l'intérêt d'un seul, l'associé directeur. L'autre associé se trouve lésé, dépouillé de la part qu'il aurait regue dans une récolte normalement effectuée. S'il avait prévu de tels agissements de son co-associé, il aurait continué à exploiter individuellement son champ, et n'aurait pas contracté la société. Il va donc demander la dissolution au tribunal. Le fondement de son action sera un droit propre d'exiger la poursuite normale de l'intérêt social.

L'application de l'article 1871 à la société anonyme fut contestée : « Le législateur a créé des organes destinés à assumer la direction de la société conformément aux décisions de la majorité et par conséquent il est de l'essence des sociétés de capitaux de pouvoir être dirigées conformément à une politique jugée mauvaise et même néfaste par les associés de la minorité » (1).

Cette opinion semble se rattacher à la théorie contractuelle et à la fiction d'unanimité. Mais la grande majorité des auteurs est favorable à l'application de l'art. 1871 aux sociétés anonymes conformément à l'article 18 du c. de com-

(1) Rec. jur. 1926. 261. note E H B. Cf. René David op. cit. page 169 et suivantes, MM. Lacour et Boutron soutinrent cette opinion dans leur première édition T. 1^{er}, n° 662, mais paraissent l'avoir abandonnée dans leur III^e édition cf. T. 1^{er}, n° 662. Nul ne conteste que la société puisse être dirigée conformément à une politique jugée mauvaise par la minorité, à la condition que le tribunal ne juge pas lui aussi cette politique dolosive. L'opinion citée ci-dessus paraît comme la théorie contractuelle même se rattacher au subjectivisme philosophique. Le Bien et l'Équité seraient des notions subjectives qu'il est impossible de connaître objectivement. Si la justice objective était vraiment inconnaissable, il faudrait supprimer les tribunaux car ils ne peuvent la rendre. Si on maintient l'existence des tribunaux, il faut leur reconnaître la faculté d'apprécier objectivement si un acte est bon ou mauvais, qu'il soit le fait d'un individu ou d'une majorité.

merce et aux principes généraux du Droit. En effet la condition purement protestative est nulle dans les contrats synallagmatiques.

L'une des prestations réciproques ne saurait être laissée à la pure faculté de son débiteur sinon l'autre engagement se trouverait sans équivalent, sans cause.

En équivalent de son apport l'actionnaire a reçu une quote part dans la propriété du patrimoine social, il ne doit en être spolié ni par dol, ni par faute lourde. (1)

On ne saurait laisser à la pure faculté de la majorité la poursuite raisonnable du bien commun. Celle-ci en entrant dans la société a contracté l'obligation de bien gérer, chaque actionnaire a le droit propre d'exiger un minimum de bonne gestion.

L'art. 1871 n'est que l'application aux sociétés du principe général posé par l'art. 1184 : « la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement.

Dès 1862, la jurisprudence appliquait l'art. 1871 aux sociétés anonymes.

Parmi les motifs légitimant la dissolution de la société, se trouve la gestion incapable ou infidèle, l'apport de l'associé ne doit être détourné en aucune manière. On pourrait résumer ainsi l'évolution de la jurisprudence. Tout d'abord elle s'interdit de pénétrer dans la gestion des sociétés, mais elle les dissout lorsque cette gestion est trop mauvaise ou impossible, lorsqu'elle ne veut plus ou ne peut plus poursuivre l'intérêt social, notion qu'elle dégagera au cours de ces dernières années.(2)

(1) L'associé en signant le contrat a bien accepté d'avance les décisions de la majorité mais il n'a pas entendu souscrire aux abus que cette majorité pourrait faire de ses pouvoirs en s'opposant par exemple d'une façon systématique, à toute exploitation rationnelle, en imposant des décisions manifestement ruineuses, en s'entêtant dans une entreprise qui périlite et dont rien ne permet de prévoir le relèvement. Monsieur Chéron (note au Dalloz Périodique 1927 - I - 133, et Monsieur René David op. cit. p. 170 et M. Duquesnoy. La Dissolution des sociétés pour justes motifs - Thèse Lille 1926, n° 9 et suivants.

(2) Cf. Notamment au D. P. 1927 - I - 133. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 mai 1926, p. 133 rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de

Puis les tribunaux jugeront qu'il faut peut être mieux annuler une décision que dissoudre la société, ils pénétreront dans son fonctionnement, pour cela ils useront de divers moyens : théorie de la fraude que nous étudierons plus loin et théorie des bases essentielles dont elle développe les applications.

Le droit propre à une bonne gestion comportera d'autres sanctions que la dissolution du contrat originale, l'actionnaire pourra agir en exécution et demander la nullité d'une décision qui par dol ou faute lourde sera contraire à l'intérêt social.

C'est ainsi que le 18 octobre 1911 un jugement du Tribunal de Commerce de Nantes invoque un « droit propre de l'actionnaire d'exiger une bonne gestion de l'affaire à laquelle l'a apporté son concours financier ». (1)

L'actionnaire a le droit propre d'exiger une gestion conforme à l'intérêt social. Faire de l'intérêt social le but nécessaire des pouvoirs sociaux n'est-ce pas là l'intention des parties ? L'interprétation normale du contrat de société conduit à consacrer la théorie institutionnelle.

Limoges 23 mai 1923, dissolvant une société dont le fonctionnement était rendu impossible par les fréquentes décisions abusives. Cf. René David op. cit. p. 173 et Monsieur Duquesnoy. La dissolution des sociétés pour justes motifs. Thèse Lille 1926, n° 9 et suivants.

(1) Union des commerçants de Nantes contre Guibal et autres J. S. 1913. 18 Note H. Bosvieux. L'arrêt rendu sur ce jugement par la Cour d'Appel de Rennes le 3 juillet 1912 adoptera nettement la théorie institutionnelle (ibid) selon M. René David les variations apparentes de la jurisprudence en ce qui concerne la détermination des bases du contrat de société et la possibilité de modifier les statuts, l'illogisme apparent par lequel sans motif elle déclarait péremptoirement une modification statutaire tantôt licite, tantôt illicite, provenait de ce qu'elle tenait implicitement compte dans chaque espèce de cette autre base essentielle : la poursuite de l'intérêt social. Selon que la décision modificatrice de statuts était ou non conforme à l'intérêt social, elle la déclarait licite ou illicite, comme contraire aux bases essentielles du contrat de société, sans préciser toutefois laquelle était violée. Il cite cependant un arrêt de la Cour de Lyon du 30 décembre 1892 (J. S. 1894 - 17) qui lui exprime ce que les autres sous-entendaient. « Considérant que l'assemblée générale... est investie du droit de prendre toutes les mesures utiles à l'intérêt social, qu'enfin une dernière considération domine tout le débat, l'assemblée générale a sauvé l'intérêt social. » Ainsi motivé, cet arrêt de Lyon, à un moment où l'importance du capital figure d'une manière incontestée au nombre des bases essentielles des sociétés, prononce la validité de la décision de l'assemblée générale extraordinaire d'une société qui malgré le silence de ses statuts réduit son capital social. M. René David op. cit. p. 33.

B) Théorie de la bonne foi

Les contrats doivent être exécutés de bonne foi. La théorie de la bonne foi conduira elle aussi la jurisprudence à annuler les décisions non conformes à l'intérêt social et à consacrer au moins implicitement la théorie institutionnelle.

La maxime « *fraus omnia corrumpit* » vint toujours fort heureusement obvier aux lacunes d'un système juridique, en l'espèce celle de la théorie contractuelle en permettant d'en éviter les conséquences trop fâcheuses, mais elle est imprécise, son contenu varie, que va-t-elle interdire en notre matière ?

L'INTENTION DE NUIRE EST-ELLE SEULE ILLICITE ? — Suivant une première opinion la maxime « *fraus omnia corrumpit* » interdit aux associés l'intention de nuire mais elle seule, un intérêt égoïste suffit à justifier l'usage des pouvoirs sociaux.

Les décisions de l'assemblée ont cessé d'être souveraines, même prises en connaissance de cause elle pourront être déferées au Tribunal, mais celui-ci ne les annulera que si elles ont été motivées par l'intention de nuire. Elles seront par contre valables si la majorité y trouvait un intérêt personnel.

Cette opinion est une forme dérivée de la conception contractuelle elle découle de ce principe qu'il n'y a pas d'intérêt social distinct de l'intérêt individuel de la majorité. Le droit de la majorité ayant une finalité égoïste, seule, l'intention nocive rend l'acte abusif.

On peut rattacher à cette opinion un arrêt de la cour de Paris (1) où il est proclamé que « l'intérêt collectif ne doit pas nécessairement guider le vote, qu'un intérêt personnel quel qu'il soit suffit ».

Il convient de remarquer que si cet arrêt applique les conséquences de la théorie contractuelle, il en nie cette pré-

(1) D. P. 75 - I - 161 - cf. M. H. Mazeaud. Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, p. 101.

mice : l'identité nécessaire de l'intérêt individuel de la majorité et de l'intérêt social. Non seulement cet arrêt a distingué fort nettement le second du premier, mais il établit entre eux une opposition.

Un arrêt de la Cour d'Aix (1) adopte les motifs d'un jugement du Tribunal de Commerce de Nice (2) où il est affirmé que si un actionnaire dispose de la majorité, les autres actionnaires doivent subir ses volontés, calcul souvent contraire aux intérêts de tous (3). Toutefois il importe de noter que cette affirmation est une constatation ou une opinion doctrinale plutôt qu'un motif étayant la décision.

CRITIQUE. — « La société doit avoir un objet licite et être contractée dans l'intérêt commun des parties dit l'article 1833. Selon cette jurisprudence, il faudrait en ce qui concerne la Société anonyme modifier l'art. 1833 comme suit.

« La société anonyme doit.... être contractée dans l'intérêt de la majorité des associés. » Une telle formule n'est-elle pas la négation de l'idée même de société ?

Le propriétaire de la majorité ayant un intérêt individuel incontestable à s'approprier la totalité de l'actif social pourra le faire au moyen par exemple de l'opération suivante. Il décide à l'assemblée que la société lui cède la totalité de son actif mobilier à seule charge de payer ses dettes, si l'excédent de l'actif sur le passif est considérable la minorité spoliée ne manquera pas de se plaindre. Ses réclamations pourront-elles être admises ?

On ne saurait annuler le contrat pour cause de lésion, car notre droit volontariste admet la validité des contrats si léo-

(1) J. S. 1904, p. 391 D. P. 1904 - I - 49. Aix 20 juillet 1900.

(2) Nice 15 septembre 1899 *ibid.*

(3) On peut citer dans le même sens un arrêt récent de la jurisprudence italienne. Tout dernièrement la Cour de Milan (*Société per azioni* 1926, 170, a validité de délibération par laquelle la société de la bière Gessensass ayant subi une perte d'actif de 40 % environ avait décidé de réduire de 100 à 10 lires, soit de 90 à 100 la valeur de ses actions au seul effet de favoriser ses administrateurs. L'iniquité de cet arrêt a amené différents auteurs à préconiser en Italie la théorie du détournement de pouvoir cf. Carnalutti, *Excesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime* Riv. dir. com. 1926, 28. M. René David auquel ces références sont empruntées.

nins qu'ils puissent être en matière mobilière (1). Par ailleurs, selon la logique de la théorie contractuelle, il faudrait déclarer la décision valable puisque la majorité n'a pas l'intention de nuire à la minorité, mais seulement celle de s'enrichir.

EXTENSION DE LA NOTION DE FRAUDE. — La théorie de la bonne foi permettra-t-elle de consacrer une telle solution ou plutôt une telle spoliation ?

Non, répondront certains partisans de la théorie contractuelle, parmi lesquels il faut croyons-nous ranger les rédactions du code civil.

Ceux-ci après avoir énoncé dans l'article 1134 l'obligation générale de bonne foi dans tous les contrats, y reviennent d'une façon toute particulière lors de la rédaction de l'article 1833.

Le tribun Treilhard (2) insiste sur la notion de bonne foi et la précise dans les termes suivants : « Le contrat de société... doit surtout reposer sur la bonne foi : sans doute elle est nécessaire dans tous les contrats, mais elle est plus expressément encore requise dans le contrat de société : elle devrait y être excessive, s'il est permis de dire et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi. »

Il faut s'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent. C'est la première règle, la règle fondamentale de toute société.... La bonne foi est la première base du contrat. »

Quel écho vont trouver dans la jurisprudence française ces paroles où on pourrait voir le germe de la théorie institutionnelle ? Au XIX^e siècle, les tribunaux français limitent la notion de fraude à l'intention de nuire (3).

Au XX^e elle l'étend et annule au nom de la bonne foi

(1) Peut-être y a-t-il à cela non seulement une raison philosophique mais aussi une raison historique. Au moment de la rédaction du code civil, les immeubles formaient encore la majeure partie des fortunes privées. Les valeurs mobilières étaient bien loin d'avoir l'importance qu'elles ont aujourd'hui. Étendre la notion de lésion admise pour les ventes d'immeubles à tous les contrats de quelque importance ne serait peut-être que moderniser notre code.

(2) Séance du 10 ventôse, an XII, 1 mai 1804 Fénét. TXIV, p. 392 et suivant. Cf. M. René David op. cit. p. 30.

(3) Cf. M. René David op. cit. p. 32 et 149 et suivantes. En Allemagne, nous voyons la jurisprudence annuler comme contraire aux bonnes mœurs les décisions non conformes à l'intérêt social. Dès le 15 décembre 1902 (R. G. Z.

certaines décisions motivées par l'intérêt personnel de la majorité mais non conforme à l'intérêt social. En voici deux exemples.

Les actionnaires d'une société anonyme avaient été convoqués par le conseil d'administration de cette société à l'effet de délibérer sur une proposition qui tendait à céder l'actif social à un tiers, à charge seulement pour ce tiers d'acquitter le passif de la société. Au cours de la séance l'un des actionnaires proposa de prendre l'affaire dans les mêmes conditions, offrant en outre de payer un supplément de 25 francs par action. L'assemblée générale, bien qu'il n'y eut pas péril en la demeure, décida de ne pas prendre en considération cette offre tardive, elle résolut d'accepter immédiatement la première en dépit de son caractère peu avantageux.

Certains actionnaires se jugeant lésés par cette délibération demandèrent à la justice d'en prononcer l'annulation. Le Tribunal de première instance fit droit à leur requête. La cour de Riom par un arrêt du 21 Juillet 1910 confirma le jugement : « L'attitude du Conseil », critiqua-t-elle, « laisserait

52,287 et suivants). Le Tribunal d'Empire a affirmé qu'une décision de l'assemblée générale des actionnaires est nulle si elle va contre les bonnes mœurs. Il s'agissait en l'espèce d'une augmentation de capital. Le bénéfice de la souscription aux actions nouvelles était réservé à certains des anciens actionnaires et le taux des actions était fort inférieur à leur valeur réelle. « La majorité de l'Assemblée », déclare le Tribunal, « n'est pas autorisée à réduire de la sorte arbitrairement la part sociale des actionnaires, au profit d'un groupe particulier et pour faire à ce dernier un cadeau ».

Quelques années plus tard, le Tribunal régional supérieur de Karlsruhe affirmait que « l'assemblée générale des actionnaires doit toujours avoir en vue l'avantage de la société » et le Tribunal d'Empire reconnaissait la possibilité pour annuler une décision d'assemblée générale, de recourir à l'art. 826 du code civil. Décisions du 8 avril et du 1^{er} mai 1908 (R. G. Z. 68, 235 et suivants, 314 et suivants). « Dans l'exercice de ses droits », déclarait également la même juridiction, (R. G. Z. 107-204) « l'actionnaire doit s'inspirer essentiellement de l'intérêt de la société sans tenir compte de ses intérêts particuliers autre que ceux qu'il a dans cette société ». Le Tribunal d'Empire se prononça contre une réduction de capital qui avait pour but d'exclure de la société, un petit actionnaire désagréable à la majorité (12 novembre 1913 Holdheims Monatsschrift für Handels rech und Bankwesem stener und stempelfragen 23-66. M. René David, op. cit. p. 162. Enfin trois arrêts récents viennent de consacrer explicitement au nom des « bonnes mœurs » la théorie institutionnelle du détournement de pouvoir en matières de sociétés. Tribunal d'Empire, 10 novembre 1926 (R. G. Z. 115, 289 n° 62). 19 novembre 1926 (R. G. Z. 115-246 n° 53), 1^{er} mars 1927 (R. G. Z. 115-296 n° 63-4), M. René David op. cit. p. 152).

En Angleterre, depuis longtemps déjà, la jurisprudence a, au nom de la bonne foi, consacré la théorie du détournement de pouvoir. « Dès 1873, dans l'espèce *Gray c. Lewis* 87^e ch. 1035, 1050, 1051, le juge James prononçait : « Je crois qu'il est de la plus grande importance de maintenir le principe posé

croire que la cession approuvée par l'assemblée générale qui ne donne absolument rien aux actionnaires, procurerait cependant à certains des avantages que l'on n'avoue pas. »

Un pourvoi fut dirigé contre cet arrêt le 31 Décembre 1913. La chambre civile le rejeta : « Les juges », affirma-t-elle, peuvent, en constatant qu'il n'y avait pas péril en la demeure, considérer qu'en décidant de passer outre et en acceptant immédiatement la première proposition au lieu de renvoyer à une autre assemblée l'examen de la seconde pour s'éclairer sur son mérite et sa valeur, l'Assemblée n'a pas eu lieu dans les conditions de sincérité et de loyauté suffisantes pour assurer la validité de la délibération. » (1)

Il n'était pas nié dans ces arrêts que le vote eut été émis en connaissance de cause, ni que la majorité ait pu trouver certains avantages. Mais ces avantages, intérêts individuels de la majorité ne coïncidant pas avec l'intérêt social, ils lui étaient opposés. Où était la fraude ? La majorité avait sacrifié l'intérêt social à son intérêt individuel. La doctrine ne s'y trompa pas, elle y vit une application de la théorie institutionnelle (2).

dans les affaires *Foss. c. Harbottle et Mazley c. Alton*, c'est-à-dire l'interdiction pour le juge de s'immiscer à la requête d'une minorité dans le fonctionnement des sociétés. Cette règle selon moi, comporte une exception unique : le cas où la société est devenue la chose des administrateurs et de la majorité lesquels usent de leur pouvoir en vue de quelque résultat frauduleux à l'égard de la minorité qu'ils oppriment. Il en était ainsi dans l'affaire *Atwool c. Merrywather* (5 ed. 464, 2). « Comme le montre ce jugement équité et common law les deux systèmes législatifs qui concurremment fonctionnent en Angleterre s'accordent pour réprimer les abus de pouvoir de la majorité » cf. *Magdongall c. Gardiner* (I c. Div. 13).

De même s'exprime Lord Davey en 1902, dans l'affaire *Burland c. Earle* (A. C. 83-93) : « Encore une fois, c'est une loi certaine que, lorsqu'il s'agit de redresser un tort fait à la société, ou de recouvrer des deniers qui lui sont dus, ou d'exiger la réparation de dommages qu'elle a subis, l'action doit être intentée par la société elle-même. Mais il faut apporter à cette loi une exception pour le cas où les personnes contre qui la requête serait formée possèderaient elles-mêmes la majorité des actions de la société, car elles ne permettraient pas alors qu'une action soit intentée contre elles au nom de la société. Les cas où la minorité peut agir ainsi sont restreints à l'hypothèse où les actes attaqués offrent un caractère ou frauduleux, ou excessif. Ainsi pour en donner un exemple courant, c'est une majorité qui, par des voies indirectes ou détournées s'efforce de s'approprier des deniers, des biens ou des droits qui appartiennent à la société, et auxquels les autres actionnaires sont en droit de participer. Cette hypothèse est celle de l'arrêt *Menier c. Hooper's Telegraph Works*, rendu en 1874 (9 ch. 350) », cf. M. René David, op. cit. p. 154-155.

(1) M. René David, op. cit. p. 63 et suivantes. *Blanchonnet c. Thery J. s.* 1915. 81. Note Bosvieux. *Sirey* 1914 - I, 267, *D. P.* 1917, I, 143.

(2) Cf. M. René David op. cit. p. 64.

Le second exemple est encore plus caractéristique. La majorité des actionnaires d'une société, possédant des parts de fondateurs, décide que le fond de prévoyance institué par les statuts sera désormais alimenté par des sommes prélevées, non plus sur la totalité des bénéfices, mais exclusivement sur la part de bénéfice réservée aux actionnaires. Les actionnaires y perdaient, mais les parts de fondateurs y gagnaient, et comme la majorité des actionnaires en possédait un grand nombre, elle trouvait un bénéfice dans l'opération.

La majorité de l'Assemblée générale extraordinaire avait incontestablement le droit de modifier la répartition des bénéfices, mais pouvait-elle user de ce droit, non dans l'intérêt de la société, mais pour s'avantager au détriment de la minorité. L'intérêt individuel suffira-t-il à justifier la décision ? Celle-ci sera infirmée le 2 Novembre 1910 par la Cour d'Appel de Paris pour ce motif :

« Que la décision de l'Assemblée générale extraordinaire... cause un préjudice aux actionnaires, au profit des porteurs de parts bénéficiaires et qu'il y a lieu par conséquent d'en prononcer la nullité. »

« Motif pour ainsi dire unique de l'arrêt », dira M. le Conseiller rapporteur Denis qui conclura au rejet du pourvoi en cassation formé contre lui. « La question discutée porte non pas réellement sur le pouvoir de modifier la répartition des bénéfices (*mais sur l'usage qui en est fait*), sur celui bien autrement grave du droit que s'est arrogé dans notre espèce l'Assemblée générale de dépouiller une catégorie d'intéressés, les actionnaires d'une partie des bénéfices sociaux à l'avantage d'une autre catégorie, ce qui est absolument contraire à l'article 1134 c. civil. »

La chambre des requêtes (1) rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé : « Attendu... qu'il n'est pas contesté que cette modification aux statuts primitifs causait un préjudice aux actionnaires au profit des porteurs de parts bénéficiaires ».

Ici encore la jurisprudence annule au nom de la fraude une

(1) 22 janvier 1912, D. P. 1912 - I - 145 et s.

décision motivée par l'intérêt propre de la majorité. Or ce n'est pas une fraude que d'user d'un droit conformément à sa fin normale. Si l'intérêt individuel de la majorité ne suffit pas à justifier son vote, il faut conclure qu'il n'en est pas la fin normale.

La notion de fraude est élargie et comporte le détournement de pouvoir.

Il y a donc dans la société autre chose que des intérêts individuels et qu'un pur contrat.

La théorie de la fraude conduit à annuler les décisions non conformes à l'intérêt social, celui-ci doit être regardé comme la fin nécessaire du pouvoir de vote.

Que reste-t-il dès lors de la théorie contractuelle ? Lorsqu'il y a opposition entre l'intérêt particulier de la majorité et l'intérêt social, on annule la décision non conforme à ce dernier, du moins lorsqu'elle est par trop nettement scandaleuse.

Lorsque l'intérêt individuel de la majorité coïncide avec l'intérêt social on applique la théorie contractuelle attribuant par une imperfection doctrinale, à l'intérêt particulier le pouvoir justificateur que possède seul l'intérêt social (1).

Systématiser, préciser, développer la notion de bonne foi dans l'usage des pouvoirs sociaux ne sera-ce pas là le rôle de la théorie institutionnelle.

(1) On trouverait dans la jurisprudence maintes décisions en contradiction, sinon ouverte du moins réelle avec la philosophie contractuelle ou volontariste du code civil. Cf. notamment M. E. Gounot. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, p. 143 : « Je retiens une loge au théâtre, le billet d'entrée m'est remis sous enveloppe. Or, je m'aperçois plus tard qu'au dos de ce billet figure une mention qui interdit rigoureusement l'entrée du théâtre une fois la représentation commencée. Ignorant cette clause au moment du contrat, je n'ai pu évidemment la vouloir. M'oblige-t-elle cependant ? Oui, décide le tribunal de commerce de la Seine (19 avril 1900, cf. Le droit 28-29 mai 1900.

Au nom des principes classiques méconnus, un auteur proteste (M. Fortier, « Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion ». Thèse Dijon 1909, p. 90). Nous pensons quant à nous que le tribunal a bien jugé... Ici, les explications purement contractuelles ne suffisent plus ».

Le directeur du théâtre a usé d'un pouvoir d'autorité qu'il a pour le bien commun de cette « institution » qu'est le théâtre. Il importe, en effet, que des retardataires ne viennent pas troubler la bonne marche des représentations et le plaisir de l'ensemble des spectateurs.

Il n'y a pas ici clause contractuelle, mais règle institutionnelle, imposée au nom du bien commun par celui qui en a la garde.

CHAPITRE III

La théorie institutionnelle

I. — Sa consécration par la Jurisprudence

Nous venons de voir que la jurisprudence n'a peut-être jamais entièrement méconnu la théorie institutionnelle et qu'elle a longtemps consacré, au moins incomplètement quelques-unes des solutions qui en découlent.

N'arrivera-t-elle pas un jour à proclamer que l'intérêt social est la fin nécessaire des pouvoirs sociaux ?

Il est assez difficile d'assigner une date précise à la consécration de la théorie institutionnelle par la jurisprudence. Comme la réalité elle débordait dans les arrêts, le cadre de la doctrine contractuelle, donnant à ceux-ci un caractère d'illogisme découlant des contradictions de la théorie contractuelle d'une part, et des exigences de l'équité d'autre part.

Tel arrêt paraît se rattacher à la théorie institutionnelle (1) alors que l'ensemble de la jurisprudence est, au moins en apparence fidèle, à la doctrine contractuelle.

Plus encore, on trouve dans un même arrêt des considérants qui semblent se rattacher les uns à cette conception que la volonté est souveraine ou tout au moins qu'un intérêt individuel suffit à justifier l'usage des pouvoirs sociaux, les autres

(1) Cf. L'arrêté précité de la Cour de Lyon du 30 décembre 1892 (J. S.) 1894. 17 : « Considérant que l'assemblée générale à moins d'interdiction formelle écrite dans les statuts est investie du droit de prendre toutes les mesures utiles à l'intérêt social, qu'enfin une dernière considération domine tout le débat. L'assemblée générale a sauvegardé l'intérêt social. »

à cette conception que l'usage des pouvoirs sociaux trouve sa justification dans l'intérêt social, — les uns à la théorie contractuelle, les autres à la théorie institutionnelle (1).

Dès le 20 juin 1904 un arrêt de la cour de Paris (2), consacre nettement cette dernière : « Considérant que s'il est licite à une société « in bonis » de réduire par le rachat de ses titres libérés le capital supérieur à ses besoins, c'est à la condition que la réduction sera nécessitée par les circonstances et avantageuses pour la société. »

Il critique la validité de votes dictés par un intérêt personnel, contre l'intérêt social et les annule, considérant « qu'en prenant part au vote ils agissaient non en faveur de la banque mais dans leur propre intérêt pour faire consacrer un avantage acquis entièrement par eux ».

(Il s'agissait d'un rachat d'actions par la société à des conditions aussi onéreuses pour elle qu'elles étaient avantageuses pour les actionnaires de la majorité.)

Néanmoins, il semble que la première décade du XX^e siècle soit encore « préinstitutionnelle »... (3). Jusqu'en 1910 la jurisprudence française annule les décisions abusives au nom de la théorie de la fraude, mais ne fait pas régulièrement appel à la notion de détournement de pouvoir.

La seconde décade du XX^e siècle voit se multiplier les décisions qui font appel explicitement à la théorie institutionnelle. Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine (4) annule le 3 avril 1911 une décision dictée par des « raisons de personnes » et non par des « causes purement sociales ». L'ar-

(1) D. P. 1905 - 2 - 357.

(2) Cf. A ce point de vue le jugement précité du Tribunal de Commerce de Nice, 15 - 7 - 1890., confirmé par Aix, 26 juillet 1900. D. P. 1904. Il affirme, d'une part, que « si un actionnaire possède la majorité, les autres doivent subir ses volontés de calcul souvent contraires aux intérêts de tous. » Et, d'autre part, il considère enfin : « que par suite, c'est légalement que ces modifications ont été apportées, pour sauvegarder les intérêts de la société et les mettre à l'abri d'abus nuisibles à l'intérêt social. »

(3) Cf. Notamment les arrêts précités de Riom 21 juillet 1910. J. S. 1915. 81. Note Bosvieux, 1914 I. 267 D. P. 1917. I. 143 et suivants. Paris 2 novembre 1910. D. P. 1912. I. 143.

(4) Level et Menchicour c. Régie des Chemins de fer J. S. 1911, 431. Rev. S. 1912, 258.

rêt précité de la Cour de Rennes le 3 juillet 1912 (1) adopte lui aussi la théorie institutionnelle par ce considérant. « Dès lors que cette mesure pouvait se justifier par l'intérêt social. » (2)

La loi du 22 novembre 1913 mettant fin aux variations de la théorie des bases essentielles, conduisit la jurisprudence à invoquer explicitement la théorie du détournement de pouvoir lorsqu'elle voulait annuler les modifications statutaires abusives (3).

La théorie institutionnelle s'affirme (4) pendant la seconde décade du XX^e siècle et plus encore pendant la troisième, de 1920 à 1930 (5).

(1) Union des commerçants de Nantes contre Guibal et autres J. S. 1913. 18. Cf. dans le même sens. M. René David op. cit. p. 34

(2) Nous avons vu qu'en Allemagne, la jurisprudence générale a consacré explicitement la théorie du détournement de pouvoir, ces dernières années, après l'avoir sanctionné implicitement au nom des bonnes mœurs dès le commencement du XX^e siècle.

En ce qui concerne la législation minière, la consécration de la théorie institutionnelle est plus ancienne encore. L'article 115 de la loi prussienne de 1865, permet au juge, à la demande de tout actionnaire d'une société minière : « d'annuler une décision quelconque prise par l'assemblée générale de cette société au cas où cette décision semblerait inopportune et ne répondrait pas à l'intérêt commun » (Zum Besten der Gewerkschaft gereicht).

La même disposition se retrouve dans la loi bavaroise sur les mines (art. 158) et dans l'Allgemeine Landrecht (15-1-17) Klostermann Thielmann.

Note 6 sur l'article 115, cite diverses décisions pour rendre lesquelles, les juges ont usé du pouvoir à eux dévolu par ces textes (M. René David op. cit. p. 149-150).

En Angleterre, la jurisprudence qui annulait depuis longtemps au nom de la théorie de la fraude les décisions abusives, consacre aujourd'hui nettement la théorie institutionnelle.

En 1919, l'arrêt *Brown c. British Abrasive Wheel Co* I ch. 290 annule une délibération portant modification aux statuts de la société et conférant à la majorité le pouvoir de contraindre indirectement la minorité des actionnaires à lui céder ses actions considérant que : « une telle modification aux statuts n'aurait été justifiée que si l'intérêt social en avait exigé l'adoption ». Cf. M. René David, op. cit. p. 156.

La jurisprudence américaine, elle aussi, consacre la théorie institutionnelle en des termes qui méritent d'être rapportés, car ils restent vrais dans toute législation : « L'existence même du lien social », affirme la Cour Suprême, « implique, pour chaque associé, l'obligation de se décider, dans les assemblées générales, non pas dans son intérêt individuel et égoïste, mais d'après l'intérêt collectif de la société ». Cf. M. Mazeaud, le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, p. 100.

(3) Cf. Cour d'appel de Besançon, 4 février 1914. J. S. 1914, 417 M. René David, op. cit. p. 87-88.

(4) La jurisprudence administrative a devancé sur ce point comme sur beaucoup d'autres, la jurisprudence de la Cour de cassation. Depuis plus d'un demi-siècle, elle admet en ce qui concerne les personnes morales de Droit Public, la théorie du détournement de pouvoir.

(5) Cf. Notamment, Tribunal de commerce de Chambéry, 19 août 1927, Desgeorges et autres sociétés anonymes « L'Allobroge », S. 1928. 2-97 note Henri Solus rec. jur. soc. 1928. 154, Gaz comm. Lyon. 11 avril 1928. M. René

Si la jurisprudence ne lui donne pas encore son plein développement en ce qui concerne les assemblées ordinaires (elle déclare insusceptible d'abus la décision révoquant les administrateurs ; elle admet la validité du quitus du dol). Elle l'applique de plus en plus fréquemment aux décisions des assemblées extraordinaires.

En particulier les rapports des actionnaires et des porteurs de parts de fondateurs sont entièrement régis par la théorie institutionnelle (1). Si l'intérêt commun ne justifie pas les modifications statutaires portant atteinte au droit soit des actionnaires soit plus souvent des porteurs de parts, elles seront nulles sur ce point, une jurisprudence constante consacrant la théorie du détournement de pouvoir.

II. — Qu'est-ce que l'Institution ?

« De l'abus des pouvoirs administratifs, il convient de rapprocher, ne fût-ce que pour mémoire, l'abus des pouvoirs dont sont investis de par les statuts les organes délibérants ou exécutifs d'une société de capitaux, assemblées d'actionnaires, conseils d'administration ou gérants. Nous avons eu précédemment l'occasion de mentionner des décisions de justice

David, op. cit. p. 89 annule une émission d'actions à vote plural au nom de la théorie de détournement de pouvoir. Voir également Tribunal de Commerce de la Seine, 17 décembre 1924, Clapin c. liquidateurs de la société Farcy et Oppenheim J. S. 1925, 509 ; Rev. Soc. 1926, 10. La Cour de Paris 15 juillet 1925. J. S. 1927, 344. Rev. Soc. 1926, 24. Rec. Jur. Soc. 1926, 10. Ces deux juridictions interprétant les espèces de façon différente considèrent tous deux que l'intérêt général seul justifie la décision. L'intention de nuire n'est pas seule constitutive d'abus. Le but illégitime suffit. Cependant la Cour de Cassation ne suit pas le mouvement sans quelques réserves. Cf. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juin 1926. (Rev. des Soc. 1926, 370. Rec. jur. Soc. 1927, 7. Gaz. Soc. 1926, 480 ; Gaz. pal. 9 oct. 1926) auquel il ne faudrait pas donner une interprétation trop absolue sous peine de mettre la Cour de Cassation en contradiction avec sa propre jurisprudence et notamment avec l'arrêt précité du 31 décembre 1913 ; Chambre Civile. D. P. 1917, I, 143.

(1) Cf. M. David op. cit. p. 94 et suiv. Notamment : Trib. civ. de la Seine 13 juin 1927 (Rec. jur. sec. 1927, 220. - Gaz. soc. 1927, 296 - S. 1927 - 2.147 - Cour de Paris - 10 novembre 1922 - gaz. soc. 1923 - 9 S. 1923 - 2 - 129 - Reg. 3 juin 1924. (Société des mines et usines de Peyrebrune c. Grimaud J. S. 1925, 14 note Bosvieux - D. P. 1924 - I - 193 - Paris 25 janvier 1923. - J. S. 1924 - 277 - rev. soc. - 1923 - 235 - Gaz. soc. 1923 - 133). Reg. 27 janvier 1925. Rev. Soc. 1925 - 181 - D - 1925 - I. 193.

qui ont annulé, pour cause d'abus, telle délibération prise par une assemblée générale, ou qui ont alloué des dommages intérêts à ceux qui s'en trouvaient lésés injustement ; comme la fonction publique et comme les droits privés individuels, les droits statutaires qui font la transition entre ceux-ci et celles-là sont soumis à cette forme commune de superlégalité, l'esprit même de l'institution (1). » « La condition juridique des actionnaires est exactement la même que celle des organes d'une administration publique ou que celle des citoyens ou des sujets d'un état (2). »

Comme l'Etat, la société anonyme est une institution corporation (3), « un assemblage d'éléments divers, parfois hiérarchisés, toujours coordonnés à la poursuite d'un but commun d'intérêt collectif ». Comme lui elle puise son origine dans la nature sociable de l'homme.

Elle en diffère cependant par la nature de sa fin ; société particulière elle est subordonnée à l'état, société de droit commun dans la mesure où le bien commun qu'elle poursuit est subordonné à l'intérêt général.

En dépit de la réalité, la théorie contractuelle se refusait à voir dans la société anonyme autre chose qu'individus et volontés individuelles. La théorie institutionnelle ne nie pas que la société ait été fondée par un contrat, mais ce contrat a donné naissance à une institution (3), c'est-à-dire à un organisme ayant pour fin la poursuite d'un intérêt intermédiaire entre ceux des individus et celui de l'état.

Là où la théorie contractuelle attribuait tout à la volonté,

(1) M. Jossierand. « De l'esprit des droits et de leur relativité » p. 248.

(2) Hauriou, « l'institution et le droit statutaire », p. 181.

(3) Cf. M. Paul Cuche, semaine sociale de Lyon, 1925, p. 351 ; « Un organisme ayant des buts de vie et des moyens d'action supérieurs en puissance et en durée à ceux des individus qui la composent ». M. G. Renard. « La théorie de l'institution »,

« Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ». Cf. Hauriou, la théorie de l'institution et de la fondation »,

« L'institution, c'est une idée dotée des voies et moyens appropriés qui lui permettent de s'établir et de se réaliser, de se perpétuer en prenant corps et existence légitime objective. »

Archives de philosophie de droit, p. 201. Cf. M. Delos analysant M. Renard « la théorie de l'institution. »

la théorie institutionnelle reconnaît le rôle de la finalité et de l'équité qui viennent assigner des limites à l'autonomie de la volonté.

LA SOCIÉTÉ EST UN SUJET DE DROITS parce qu'elle comporte un intérêt légitime distinct des intérêts des individus et une volonté pour défendre cet intérêt.

C'est ce que l'on exprime par la notion de personnalité morale ; celle-ci traduit dans notre droit individualiste la réalité institutionnelle (1).

L'être collectif est assimilé à un individu dans ses rapports extérieurs avec les autres sujets de droit, Il faut qu'il puisse contracter, ester en justice, jouir des prérogatives d'un individu pour atteindre sa fin, réaliser l'intérêt qu'il poursuit.

Depuis fort longtemps la personnalité et le caractère de sujets de droits, ont été reconnus à la société anonyme.

Dans notre ancien droit, la personnalité morale, considérée comme un effet de la volonté du législateur par suite de la renaissance du droit romain, était accordée aux grandes compagnies.

Pendant la première moitié du XIX^e siècle, les sociétés créées conformément au code de commerce, avec l'autorisation du gouvernement, en jouissent également.

Le législateur de 1867 a supprimé la nécessité de l'autorisation, mais n'a pas privé la société anonyme de la personnalité morale, il a ainsi reconnu sa réalité objective (2).

INTÉRÊT INTERMÉDIAIRE. — Si le caractère de personne morale a été contesté aux sociétés par intérêts, il n'a jamais été refusé aux sociétés de capitaux. Aucun engagement personnel des associés envers les tiers ne vient se confondre avec l'engagement de la société, l'intérêt commun social y est nettement isolé, dégagé des intérêts individuels (3).

(1) Cf. M. Renard. Essai d'ontologie juridique, p. 37.

(2) Il était pourtant encore nettement individualiste Il semble bien difficile de refuser le titre d'institution aux sociétés anonymes. La loi de 1867 marque une étape intéressante dans la reconnaissance de la réalité institutionnelle indépendante de la volonté du législateur ; elle précède sensiblement les lois de 1884 sur les syndicats, de 1901 sur les associations.

(3) Cf. de M. L'Abbé Dauset, Cours à la semaine sociale de Lyon 1925, p. 329 et s.

LA SOCIÉTÉ COMPORTE UNE AUTORITÉ. — La poursuite du bien commun exige une volonté. Celle-ci doit être une comme l'intérêt qu'elle poursuit ; « unus tendit ad unum, multi ad multa ». Or de multiples individus participent à l'institution, l'unité de volonté ne pourra être obtenue que par l'autorité, c'est-à-dire par une emprise sur les autonomies individuelles.

La poursuite du bien commun nécessite l'autorité. Nous avons rencontré cette dernière dans la société anonyme : le pouvoir de contraindre, qui appartient à la majorité. Une autorité indépendante est un élément essentiel de l'institution car il constitue sa volonté, sa vie propre (1).

Là où il n'y a pas d'autorité, de volonté propre au service du bien commun, il n'y a plus institution, mais indivision, poursuite individuelle de biens parallèles.

Si l'autorité sociale existante vient à être détachée d'une façon permanente de l'intérêt commun qu'elle doit poursuivre, l'institution cesse encore d'exister, le bien commun n'a plus de volonté propre à son service.

Avec l'autorité, le patrimoine social est détourné du bien commun, celui-ci se trouve dépourvu des voies et moyens établis pour sa poursuite par le contrat de fondation. Ce dernier est violé, l'institution est détruite, il n'en reste plus que l'apparence.

Il importe au plus haut point à la solidité de l'institution que le pouvoir, la direction surtout, ne puisse pas être détachée de l'intérêt social.

(Signalons de suite une grande faiblesse de notre société anonyme. « Quiconque achète la majorité des actions, peut par la « révocabilité ad nutum » obliger les administrateurs à gouverner contre l'intérêt social, selon son intérêt personnel. »

D'où destruction virtuelle de l'institution. Nous y reviendrons au cours de ce travail, en étudiant le danger de mainmise et le problème de la direction.)

L'AUTORITÉ DÉCOULE AVANT TOUT DE LA MISSION DE POURVOIR AU BIEN COMMUN et non plus seulement d'une

(1) Cf. M. G. Renard, *Essai d'ontologie juridique*, p. 310 et suivantes.

délégation de volonté. Le pouvoir de contraindre n'est pas exercé au nom de la volonté des actionnaires, mais d'un principe ; selon la théorie institutionnelle, les volontés individuelles désignent la personne du titulaire de l'autorité, mais, elles ne sont pas la source de celle-ci.

D'où il résulte qu'administrateurs et commissaires aux comptes sont investis du pouvoir qu'ils exercent. Celui-ci ne repose plus virtuellement dans l'assemblée comme le voulait la théorie contractuelle.

RÉPARTITION HIÉRARCHIQUE DU POUVOIR. — Le pouvoir n'est plus attribué en vue des intérêts individuels, mais de l'intérêt commun, aussi n'est-il plus réparti de façon égalitaire, mais proportionnelle aux services rendus à l'intérêt social.

La notion de services rendus nous conduit à développer « l'intuitus personæ ».

Pour bien remplir une charge sociale il faut avoir la volonté d'union de recherche du bien commun « l'affectio societatis » (1).

Celle-ci est le fait de l'homme qui pense et agit, plutôt que du capital, chose inanimée. Beaucoup de personnes participent à l'institution mais toutes n'apportent pas le même degré de collaboration au droit commun.

Un associé simple actionnaire se borne à apporter, peu de temps, son capital, et à envoyer un pouvoir signé en blanc à l'assemblée ; un autre depuis longtemps dans la société suit fidèlement sa marche, intervient à l'assemblée. A ces divers degrés de collaboration correspondront des degrés dans le pouvoir.

LOI DE DIFFÉRENCIATION. — La poursuite du bien commun nécessite la réalisation d'une série de biens subordonnés, de fonctions telles que : manifestation claire de l'état des affaires sociales, leur gestion, le contrôle de cette gestion, la modification de l'organisme.

(1) Cf. M. Hamel ; Revue trimestrielle de droit civil 1925. « L'affectio societatis. »

Plus la réalisation du bien commun devient parfaite, plus elle nécessite la réalisation de biens subordonnés plus nombreux, plus différenciés, de même le corps institutionnel se différencie.

RÈGLE DE SPÉCIALITÉ. — Dans le but de réaliser chacun de ces biens subordonnés, est créé un organe lui aussi dominé par sa finalité. Celle-ci détermine son pouvoir et son essence.

Sans cesser d'être lui-même, l'organe ne peut changer sa fin ni en sortir. Il ne peut empiéter sur le domaine des autres organes pour réaliser d'autres fonctions auxquelles il n'est pas adapté.

De la règle de finalité découlera en droit privé comme en droit administratif, la règle de spécialité.

DE LA DURÉE INSTITUTIONNELLE (1). — L'intérêt social est durable. La société anonyme a pour objet une série d'opérations. Elle remplit dans la vie économique du pays une fonction durable, sorte de service privé comparable aux services publics des établissements publics.

Les actionnaires entrent dans la société par la souscription ou l'achat d'une action, en sortent par la vente.

Les administrateurs meurent et sont remplacés par d'autres, aucun des fondateurs ne survit, ou n'en fait plus partie. La société continue avec des éléments nouveaux, elle poursuit toujours le même but. Une compagnie de chemins de fer est fondée depuis 90 ans par exemple, tous les actionnaires et les membres du personnel ont été renouvelés, son ancien matériel a été remplacé, aucun de ses éléments, lors de sa fondation, qui ne soit changé, une seule chose est demeurée, le but : l'exploitation d'une ligne de chemin de fer.

Par la durée, l'institution s'oppose au contrat pur, qui a essentiellement pour objet l'accomplissement d'une opération donnée, en un moment déterminé.

(1) Les institutions représentent dans le droit la catégorie de la durée, de la continuité et du réel. « Hauriou », la théorie de l'institution et de la fondation, p. 2.

RÈGLE DE CONTINUITÉ. — De la durée de l'intérêt social, va découler une règle de continuité du fonctionnement organique. L'intérêt social doit être servi d'une manière stable, régulière, à la continuité des choses doit correspondre une certaine continuité humaine (1).

Cette règle assez développée en droit public, du moins en droit administratif, l'est beaucoup moins en droit privé (2).

En ce qui concerne la société anonyme, le législateur individualiste de 1867 paraît avoir considéré la continuité de gestion comme danger grave. Tout pouvoir appartient à la majorité qui change à chaque instant, comme les actionnaires se renouvellent constamment, aucune distinction n'est faite entre ceux qui sont depuis longtemps dans la société et ceux qui sont venus hier. Les administrateurs ne peuvent être nommés pour plus de 6 ans. Par surcroît ils sont à chaque instant révocables sans motif et sans indemnité. Rien ne représente dans la société anonyme de 1867 la continuité institutionnelle (3).

RÈGLE DE VARIABILITÉ. — De la durée de l'intérêt social découle une autre règle ; celle d'adaptation ou de variabilité. Pour pouvoir durer, l'organisme doit pouvoir s'adapter, c'est-à-dire se modifier suivant les circonstances pour satisfaire constamment les besoins du moment présent.

Pour pouvoir poursuivre longtemps l'intérêt social, il est nécessaire de modifier jusqu'au contrat initial de fondation : les statuts.

Dans le « pacte » de fondation, les droits propres de l'actionnaire seuls ont un caractère contractuel.

CLAUSES : toutes les autres clauses sont des « voies et moyens » ordonnées pour la poursuite de l'intérêt social, elles ont aussi le caractère institutionnel, elles sont la charte d'un

(1) « La vie sociale est continue » Haurion, note sous conseil d'état. 16 novembre 1901 - 3 - 17.

(2) Cf. Cependant la loi du 27 décembre 1890 sur la cessation du contrat de travail à durée indéterminée.

(3) Du moins en principe. Les actions à vote plural ont pour but de la rétablir. Cf. le cours de M. E. Gounot à la semaine sociale de Mulhouse 1931.

organisme (1) bien plutôt que d'un contrat, c'est pourquoi selon les besoins de l'intérêt social, elles peuvent varier sans le consentement unanime des parties par un phénomène d'autorité.

III. — Le tout et les parties

Rapports de la société et des associés

INTERDÉPENDANCE INSTITUTIONNELLE. — L'existence d'une institution suppose une emprise sur les indépendances des individus qui en font partie. Ceux-ci deviennent solidaires, dépendants les uns des autres. C'est « l'interdépendance » ou, comme le dit M. G. Renard (2), « l'intimité institutionnelle ». Le bon ou le mauvais fonctionnement d'un organe favorisera ou gênera la poursuite du bien commun contribuant ainsi à la bonne ou mauvaise fortune de chacun. La bonne ou la mauvaise réputation d'un de ses membres rejaillit plus ou moins sur toute la société, c'est-à-dire indirectement sur tous ses membres.

LES DROITS PROPRES DE L'ACTIONNAIRE. — Cette interdépendance, cette emprise de l'institution sur ses membres sera-t-elle totale ?

Non, si l'institution est une par l'intérêt commun, but assigné à ses éléments, ceux-ci sont multiples.

L'institution présente l'aspect d'un organisme confédératif ; unité externe, pluralité interne. Elle n'absorbe pas ses éléments comme un état centralise ses parties, comme le corps humain absorbe ses cellules, la fiction de personnalité morale « utile dans les rapports externes du groupe, doit être rejetée lorsqu'on envisage son organisation intérieure » (3).

« Dans sa structure, l'emprise de chaque institution sur ses membres n'est pas totale, mais a pour mesure l'idée directrice, l'objet spécialisé de l'institution qui trace ainsi les limites du pouvoir de l'autorité institutionnelle » (4).

(1) « Modifier les statuts, ce n'est pas rompre un contrat, mais modifier un organisme ». Thaller, traité de droit commercial, p. 370 (3^e édition).

(2) Essai d'ontologie juridique, op. cit. p. 84.

(3) Hauriou, principes de Droit public c. II éd., p. 66.

(4) M. G. Morin op. cit. p. 84.

L'objet de l'institution, les besoins de l'intérêt social d'une part, et les droits de la personne humaine d'autre part (1), assigneront des limites ou conditions aux sacrifices de l'autonomie et de la propriété individuelle. Ces limites seront les bases essentielles du contrat de société, elles détermineront les droits propres de l'actionnaire.

Les sept associés n'ont pas perdu la propriété de leurs apports au profit d'une huitième personne : la société, être juridique, ils l'ont simplement soumise à une forme de copropriété grevée d'une affectation spéciale (2). Ils en ont fait un « patrimoine », « en main commune » sur lequel ils ont cependant conservé des droits. La protection de ces droits leur donne une action pour déférer au tribunal les actions de gestion qui y porteraient atteinte. Le fonctionnement de la société est par là soumis au contrôle du Tribunal.

SUPPRESSION DE LA FICTION D'UNANIMITÉ. — L'action judiciaire pour défendre le droit individuel suppose cependant une condition : que l'autonomie individuelle n'ait pas été absorbée par l'institution. Si en effet chaque actionnaire est censé avoir voulu tout ce que veut la majorité, il ne peut attaquer aucun de ces actes puisqu'il est censé les avoir fait lui-même individuellement.

DROIT PROPRE D'EXIGER LA POURSUITE DE L'INTÉRÊT SOCIAL. — Selon la théorie institutionnelle, l'actionnaire en entrant dans la société a accepté non pas tous les actes que voudra l'autorité, mais seulement les actes raisonnables ordonnés en vue du bien commun. Il est soumis à l'autorité. Celle-ci est limitée par le bien commun qui est sa raison d'être.

Les actes des pouvoirs sociaux ne créent le droit que s'ils sont raisonnables, ordonnés en vue du bien commun (3). S'ils

(1) « Il est nécessaire d'assurer la sanction des droits de la personne humaine au regard de l'autorité institutionnelle qui doit être maintenue dans ses frontières ». M. G. Morin. « Vers une technique juridique nouvelle ». Archives de philosophie du droit 1931, p. 84.

(2) Thaller, traité de droit commercial n° 274 et suivants.

(3) Rappelons ici la définition de la loi donnée par St Thomas « *ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata* » - « *lex in quantum habet de justitia, in tantum habet de virtute* ».

contreviennent à l'intérêt social, ils commettent une violation du droit (1) qui justifiera diverses sanctions (2).

Si cette violation du droit résulte d'un dol ou d'une faute lourde, rien ne peut en assurer l'irresponsabilité si ce n'est une renonciation individuelle (3) et postérieure au fait de chaque personne lésée. Ainsi par la reconnaissance d'un droit à l'individu sur le patrimoine social et la substitution du concept d'autorité à la fiction d'unanimité, la théorie institutionnelle nous permet d'expliquer le droit propre appartenant à l'actionnaire (4), d'exiger une gestion conforme à l'intérêt social. Mais ce droit propre découle lui-même d'une règle antérieure et supérieure à tous les contrats, la règle (5) d'équivalence.

RÈGLE D'ÉQUIVALENCE. — La mise en société a transformé le droit de propriété individuelle sur l'apport en un droit équival-

légis (St Thomas 1, 2, p. 95 ; a 2) St Thomas 1, 2, 9 - 90 - a - 4 - . Si elle n'est pas raisonnable et ordonnée en vue du bien commun, la volonté du prince est plutôt une injustice qu'une loi « alioquin magis esset voluntas principis, iniquitas quam lex ». La théorie institutionnelle ne serait-elle pas la transposition en droit privé de la conception de l'autorité posée par St Thomas en droit public ? Ne serait-ce pas un retour, sous une forme nouvelle, aux conceptions médiévales du droit ; la reconnaissance d'une justice antérieure et supérieure aux volontés humaines. Cf. « L'essai sur le principe de l'autonomie de la volonté, de M. Gounot, et l'article de M. Vialatoux, « une théorie de l'institution ». Chronique sociale de France, Nov. 1930, p. 794.

(1) Cf. En ce sens, M. Bourcart, Annales de droit commercial, 1914, p. 351. « Ici comme ailleurs, la finalité des prérogatives juridiques doit avoir de l'importance et on ne comprendrait pas que les délibérations d'assemblée générales soient mises au service d'animosités personnelles, qu'elles soient purement et simplement l'appareil imposant dont s'accompagnent l'écrasement de tels ou tels individus par tels ou tels autres et que l'on puisse réaliser ainsi, en toute aisance, ce qu'on flétrit si justement en droit administratif sous le nom de détournement de pouvoir. Avant tout, ce doivent être des décisions d'assemblées générales, c'est-à-dire des décisions inspirées par l'intérêt collectif plus ou moins bien compris de la collectivité. Si ces résolutions ne font que masquer l'hostilité, le despotisme ou l'oppression de certains individus vis-à-vis de certains autres, elles ne sont plus que des actes individuels et cessent d'avoir le caractère de mesures collectives et par conséquent de délibérations d'assemblées générales ».

Dans le même sens, Rousseau note sous Trib. com. sem. 29 janv. 1923. Rev. juridique, comm. Seine. 2.193 et suivants.

Decugis « l'abus de droits par les sociétés par actions » J. S. 1925, - 481 et suivants.

M. R. David « la protection de minorités dans les sociétés par actions, p. 56 ; P. Mazeaud « Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, p. 100.

(3) Telles sont du moins les exigences des règles générales des contrats ; elles nous conduisent à supprimer le quitus du dol et de la faute lourde.

(4) Cf. plus haut, p. 25.

(5) Sorte de statut moral qui s'impose aux volontés des contractants. Institution règle dirait M. Paul Cuche ; Cf. son cours à la semaine sociale de Lyon 1925.

valent (1), sur la propriété du patrimoine social et sur les bénéfices résultant de l'activité sociale, mais elle ne saurait le diminuer.

Le respect de cet équivalent est la première base essentielle de toute société.

DROIT DE RETRAITE AU TERME DE LA SOCIÉTÉ. — Après avoir donné à l'actionnaire le droit propre de demander au Tribunal protection contre préjudice qui lui serait causé par dol ou faute lourde de gestion, la sauvegarde de cet équivalent nous conduit à accorder un autre droit propre à l'actionnaire : le droit de retraite au terme de la société.

Chaque actionnaire pourra retirer sa part de capital et des fruits accessoires à l'expiration de son engagement.

Il semble difficile, comme nous le montrerons plus loin, d'interdire aux sociétés la mise en réserve de leurs bénéfices annuels. Si d'autre part on reconnaît à la majorité la possibilité de proroger indéfiniment la société, l'actionnaire pourra ne jamais rien recevoir, ni dividende, ni quote-part, dans la liquidation de l'actif social puisque celle-ci n'aura jamais lieu. Il se trouvera ainsi frustré de tout équivalent de son apport. Le partage des bénéfices qui caractérise la société est éludé, aucun actionnaire ne reçoit plus rien, du moins en qualité d'actionnaire.

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de *partager* les bénéfices qui pourront en résulter » nous dit l'article 1832 du code civil.

A ce texte il faudrait, en ce qui concerne la société anonyme, en opposer un autre modifié comme suit : « La société est un contrat... dans la vue de *réaliser* des bénéfices ».

Comme nous le verrons plus loin, la société devient en quelque sorte une association ayant pour but l'enrichissement des administrateurs. L'institution a pour ainsi dire changé de nature, effet bien contraire à l'intérêt des parties au contrat de fondation.

(1) Il est bien entendu que celui-ci a un caractère aléatoire et différent du droit sur l'apport. Le droit immédiat s'est transformé en un droit médiat. Cf. P. Valensin. T. I, p. 142 etc...

Il faut donc reconnaître à l'actionnaire un droit d'exiger sa part de « l'actif net à l'arrivée du terme. Le forcer à laisser « sa part dans la caisse sociale est une véritable frustration. On « l'obligerait à faire fructifier souvent au profit des administrateurs, non seulement sa part du capital social, mais aussi « sa part dans les réserves. Il n'y a peut-être rien dans la matière « des sociétés de plus choquant à notre avis » (1).

Naguère la jurisprudence considérait la durée de la société comme une base essentielle du contrat, à laquelle le consentement unanime des associés permettait de porter atteinte (2).

Puis le besoin de proroger les sociétés prospères pour éviter de gros frais de liquidation et de reconstitution, l'impossibilité de réunir un consentement unanime dans les grandes sociétés par actions, ont amené la jurisprudence à dénier (3) à la durée de la société le caractère de base essentielle.

La prorogation ne requiert plus aujourd'hui le consentement unanime des actionnaires. Elle peut être imposée à la minorité par l'autorité de la majorité.

Une disposition ingénieuse du code italien permet de concilier tout à la fois les besoins économiques de prorogation et le droit propre de l'actionnaire. Nous voulons parler du droit de retraite.

A l'expiration de la société, les associés qui ne voudront pas accepter la prorogation ont la faculté de se retirer en exigeant le remboursement de la quote-part de l'actif-social sur la base du dernier inventaire (4).

Le droit de démission équivaut en somme à une dissolution partielle de la société à frais réduits, limitée aux seuls associés qui la désirent. Elle permet d'éviter à l'actionnaire une aug-

(1) M. Claudon : « les abus dans l'administration des sociétés par actions », p. 34, voit, non sans raison, dans la prorogation des sociétés une augmentation de l'engagement de l'actionnaire dans le temps.

(2) Cf. Notamment Req. 27 av. 1937 - S. 1899 - I - 481, et M. René David p. 172, auquel ces références sont empruntées.

(3) Montpellier 29 décembre 1909. Sirey 1911 - 2 - 161.

(4) Cf. Claudon op. cit. p. 30. - Maria, Modifications du capital social, p. 35. M. David, p. 145 op. cit.

mentation de la durée de son engagement et protégé contre le bon plaisir de la majorité (1) son droit imprescriptible à l'équivalent de son apport (2).

DROIT DE RETRAITE EN CAS DE CHANGEMENT DE L'OBJET SOCIAL. — La théorie institutionnelle semble demander encore le rétablissement d'un autre droit propre supprimé par la loi de 1913. Elle semble conduire à reconnaître à l'objet social le caractère d'une base essentielle du contrat de la société.

L'institution est, avons-nous dit, un ensemble de voies et moyens ayant pour but la recherche en commun d'un bien commun.

Ce dernier est la raison d'être de l'institution.

Une controverse se pose : le but lucratif qui existe nécessairement dans toute société commerciale la différencie de l'association et détermine sa nature, est-il le seul ? — Si cela est, toutes les sociétés ayant le même but, aucune n'a d'essence propre. Au contraire chaque société n'a-t-elle pas une fin première : l'exercice de telle ou telle industrie, l'exploitation de telle ou telle entreprise ? Ce but particulier assigné à chaque société un caractère particulier, une essence propre.

Il semble que le patrimoine social ait une fin première : remplir telle ou telle fonction économique. Cette fin première est elle-même le moyen d'atteindre une fin dernière : partager des bénéfices.

« Une société s'est jadis constituée avec un objet bien déterminé : fabriquer et vendre des produits chimiques. C'est parce que ses statuts lui ont expressément assigné cette fin qui est, en quelque sorte, la raison d'être de sa personnalité juridique et comme sa fonction sociale que les actionnaires lui ont apporté leurs capitaux. » (3)

(1) En fait des administrateurs qui font le plus souvent voter la majorité comme ils l'entendent.

(2) Il ne faudrait pas dire que la faculté de vendre son titre en Bourse lui rend les mêmes services. Le cours du titre peut-être très inférieur à sa valeur intrinsèque à laquelle l'actionnaire a réellement droit. Consulter sur ce point, non sans quelques réserves, M. L. Bailly, « Défense des actionnaires et finances minières. »

(3) M. E. Gounot, « L'entreprise industrielle d'aujourd'hui, cours professé à la semaine sociale de Besançon, p. 10. C. F. Dans le même sens, M. Lacour

On peut adapter, modifier l'organisme, mais non l'objet social, car cet objet détermine l'essence de la société (1).

Si l'on envisage la société comme issue d'un contrat, il semble que son interprétation normale selon l'intention des parties conduit à la même conclusion.

L'emploi de leur capital dans telle ou telle branche de l'activité économique, a été une condition déterminante de l'engagement des actionnaires : ils ont voulu placer leur épargne dans une entreprise d'exploitation agricole, d'énergie hydroélectrique, ou de recherches minières. Selon la nature économique de l'entreprise, les risques de gain ou de perte varient beaucoup pour le bailleur de fonds.

Vous proposant de faire un placement, vous avez voulu acheter une forêt, votre vendeur pourra-t-il vous livrer au lieu d'une forêt une vigne, sans votre consentement ? Peut-on sans le consentement unanime des actionnaires changer la nature du placement, l'objet du contrat ?

Avec raison la jurisprudence antérieure à la loi du 22 novembre 1913 reconnaissait à l'objet social le caractère d'une base essentielle.

Cependant il fallait pouvoir modifier l'objet des sociétés qui ne pouvaient plus exercer leur industrie originaire, pour éviter de gros frais de liquidation ou de dissolution.

La loi du 22 novembre 1913 a sacrifié aux intérêts du plus

et Bouteron, Précis de droit commercial III^e édition T. I^{er}, p. 442. - La loi belge du 25 mai 1913 paraît considérer l'objet de la société comme une des bases essentielles du pacte social. Il ne peut être modifié qu'à l'unanimité, sauf dispositions contraires des statuts lors de la constitution de la société. C. F. Revue des sociétés, juin 1931, p. 226, le Régime juridique et fiscal des sociétés de participation dans le Grand Duché du Luxembourg, par M. Xavier Marin. En sens contraire, Hauriou, 4^e cahier de la Nouvelle journée, p. 13 et 14 : « Toute société a vocation pour entreprendre n'importe quelle espèce de spéculation commerciale parce que son idée directrice est la spéculation ». Essai de vitalisme social, 4^e cahier de la « Nouvelle Journée », p. 13 et 14.

(1) En ce sens, Thaller, dans sa note sous Cassation, 30 mai 1892 (D. 93 - 1 - 105) dit que les délibérations donnant un nouvel objet à la société « tendent à fond à anéantir l'ancienne société, la remplacer par une autre ». C. F. M. G. Renard, La Théorie de l'institution, Paris, Sirey 1930, p. 237 et 138, note 3 de la page 236 et Mlle A. Piot, Revue critique de législation et de jurisprudence année 1930, p. 456, « Observations sur l'objet des sociétés commerciales, » à laquelle ces citations sont d'ailleurs empruntées.

grand nombre, les droits propres de l'actionnaire. Ici encore le droit de démission permet de concilier les besoins de l'Economie avec les principes du Droit.

Il ne sera pas fait de l'argent des actionnaires un emploi contraire à leurs intentions, malgré eux.

Le changement d'objet pourra s'analyser en la dissolution de l'ancienne société et la constitution d'une société nouvelle, sans frais ou du moins avec des frais réduits. Ceux-ci se borneront en effet à une réduction de capital égale à la part des associés démissionnaires et parfois à une augmentation de capital équivalente. Une société, nouvelle comme son objet, reprendra avec les restes de l'ancien organisme et le consentement ou tacite ou exprès de tous ceux qui n'auront pas démissionné (1).

Le caractère de base essentielle attribué à la nationalité n'appelle pas d'observations spéciales du point de vue de la théorie institutionnelle, sinon qu'il nous montre encore une fois la société comme un être juridique ayant une réalité distincte puisqu'elle peut avoir une nationalité distincte de celle de ses membres (2).

Là encore le droit de démission pourrait peut-être rendre quelques services.

Enfin dernière base essentielle : la société ne peut pas augmenter les engagements des actionnaires. L'institution ne peut pas augmenter son emprise sur les individus malgré eux. La limite établie entre le droit de l'individu et celui de l'institution ne peut être déplacé que par leur consentement mutuel (3).

(1) Une spécialisation plus grande des sociétés semble désirable. Nous verrons au cours de ce travail que le droit de démission pourra diminuer certains abus, mais il faut reconnaître que beaucoup d'actionnaires aujourd'hui se soucient peu de la nature de l'emploi de leur argent. Ils attachent souvent une importance plus grande à la personnalité des administrateurs, du groupe qui réalise cet emploi.

(2) Suivant certaines théories du moins. Ajoutons que l'importance attribuée à la nationalité ira peut-être en s'atténuant avec le temps et le rapprochement des diverses législations commerciales. Dès aujourd'hui, nombre d'actionnaires même très nationalistes, ne lui attachent plus une très grande importance, faisant prédominer le principe de la répartition géographique, du portefeuille ou même parfois celui de l'exportation des capitaux.

(3) Le code italien permet même à la société d'augmenter les engagements des actionnaires sous réserve de l'exercice du droit de démission.

CARACTÈRE « D'ADHÉSION » DU CONTRAT DE FONDATION.

— Dans la société les droits propres de l'actionnaire représentent ce qui est vraiment contractuel, c'est-à-dire ce qui ne peut être modifié par voie d'autorité sans le consentement unanime des parties, et cependant on a coutume de dire que l'institution est fondée par un contrat.

La société est fondée par les souscripteurs qui adhèrent aux statuts proposés par les fondateurs.

Le contrat de fondation est un contrat d'adhésion ou plutôt une série de contrats d'adhésion réunis en un faisceau par une finalité commune : (1) la création de la société. On ne trouve guère ici cette rencontre en un même moment de plusieurs volontés égales, concordantes, ayant librement débattu les conditions de leur engagement, caractéristique du contrat, tel que le concevaient les rédacteurs du code civil. Le contrat par lequel le souscripteur entre dans la société ressemble singulièrement à celui par lequel un fonctionnaire entre dans une administration publique et se soumet à un statut qui lui est imposé et qui pourra être modifié sans son consentement (2).

Hormis le cas de fondation simultanée par un syndicat financier qui souscrit toutes les actions en un même moment et peut discuter la rédaction des statuts initiaux, ceux-ci sont imposés aux souscripteurs, ils sont rédigés par les fondateurs avant l'ouverture de la souscription : chacun doit les accepter

Y-a-t-il intérêt à adopter une semblable disposition en France ? La faculté d'augmentation du capital par libre souscription d'actions nouvelles n'est-elle pas suffisante ?

(1) La création de la société, but de l'engagement des souscripteurs, en est aussi la condition. L'engagement tombe si la société ne parvient pas à être créée. « Il n'y a plus de lien immédiat établi d'homme à homme, mais une série de rattachements individuels à un ensemble, à un bloc, qui est l'entreprise elle-même ». Thaller, note sous Cassation, 30 mai 1892, D. 93-1-105.

(2) Même dans le cas de fondation simultanée, la situation n'est souvent pas bien différente. Les fondateurs ne sont pas les associés définitifs, ils ne se proposent bien souvent que « de placer du papier » dans le public. Les associés définitifs, ceux qui constitueront l'organisme durable, y entreront par l'acquisition des actions aux fondateurs, se soumettant aux statuts existants, c'est-à-dire à une règle qu'il n'ont pas faite. Quiconque achète une action entre dans la société par un contrat d'adhésion.

sans pouvoir en débattre les clauses. La volonté de l'actionnaire n'a pas formé le contrat, elle est seulement la condition de son engagement (1).

CONSÉQUENCE. — Le caractère « d'adhésion » qui appartient au contrat de société confère à l'État gardien du bon ordre social, un devoir particulier de réglementation. Il convient qu'il trace dans ses lignes générales, le cadre de l'institution afin qu'elle ne puisse abuser de son autorité pour imposer aux individus des clauses léonines ou simplement fâcheuses.

C'est pourquoi les dispositions concernant les sociétés sont si souvent impératives et non pas simplement supplétives de la volonté des parties.

Le législateur impose aux rédacteurs de statuts les clauses qu'il juge bonnes parce que les actionnaires, ne pouvant débattre les statuts, ne sauraient les obtenir eux-mêmes.

Il appartient à l'État de protéger les limites de l'individuel et du collectif, les droits des personnes contre les empiètements des corps intermédiaires. (2)

PROTECTION DE LA PERSONNE HUMAINE

PAR LES PRINCIPES INSTITUTIONNELS

Si l'on considère que les sociétés anonymes existent en fait entre l'individu et l'État, qu'il ne peut être question de les supprimer quelle que soit l'opinion doctrinale que l'on

(1) Cf. M. E. Gounot. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, p. 275. « L'acte d'adhésion qu'elle émet est moins un acte de création du Droit, qu'un acte de soumission au Droit ou d'abdication devant le Droit, et aussi, peut-on dire, d'abdication devant le fait si accepter une modification aux statuts d'une société, c'est à certains égards adhérer à une règle de droit. s'incliner devant les décisions courantes du conseil d'administration et des assemblées ordinaires (ex. : actes de nomination, opérations commerciales diverses, transformations matérielles apportées à l'outillage économique, c'est bien plutôt adhérer à des faits. Voyez sur ce point l'étude déjà citée sur l'Institution et de droit statutaire », où M. Hauriou montre bien en outre la différence qu'il y a entre adhérer à un fait objectif et consentir à un acte juridique. Dans les contrats au contraire, « au lieu d'abdiquer devant les faits futurs, la volonté s'efforce de les dominer en les intégrant d'avance dans un acte de prévision aussi précis que possible ». Hauriou, op. cit., p. 158.

(2) Cf. M. Paul Boncour Le Fédéralisme économique. Paris 1900.

professe, il semble que la théorie institutionnelle protège mieux la personne humaine que la théorie indivualiste ou contractuelle. Elle paraît ajouter à la liste des bases essentielles établies par la loi du 22 novembre 1913 l'objet de la société, elle consacre au nom de l'article 1871 et de l'intention des parties, la base d'équivalence, le droit propre de n'être pas spolié, d'où découleront pour l'actionnaire le droit de démission au terme de son engagement, et le droit propre d'exiger la poursuite de l'intérêt social, la faculté de déférer au Tribunal tous les actes de l'autorité qui le violeraient par dol ou faute lourde.

Mais, a-t-on dit : Etendre l'intervention du Tribunal, c'est étendre abusivement le domaine de l'Etat, aux dépens du domaine de l'individu.

Sans doute, le Tribunal est un organe de l'Etat, mais il doit être soigneusement distingué du pouvoir central. Celui-ci a des fonctions très complexes sur ce territoire très vaste qui s'appelle la France. Le Tribunal n'a guère qu'une fonction : rendre la justice sur un territoire restreint.

Enfin, autre différence essentielle, il est mis en mouvement par l'initiative individuelle.

Si l'Etat doit respecter les droits des individus et des sociétés, n'a-t-il pas aussi pour mission de faire régner l'ordre et le Droit ? Peut-il refuser la justice ?

S'il y a quelque part une société qui soit le théâtre de violations graves des droits réciproques, il faut que le pouvoir public y rétablisse le droit de chacun. Ce n'est point là usurper sur les droits du citoyen, c'est affermir ses droits, les protéger et les défendre comme il convient (1).

D'ailleurs il ne s'agit pas ici des droits intangibles de la personne humaine, mais bien de relations économiques qui ne doivent pas dégénérer en spoliation.

Laissons ici la parole à M. Paul Esmein (2). « Il faut choi-

(1) Voir par analogie la doctrine de l'encyclique : *Rerum Novarum* sur l'Institution famille.

(2) Note sous Requêtes, 2 janvier 1924, S. 1924-1-225.

sir : ou abandonner l'actionnaire dissident aux abus de pouvoir de la majorité permettant à celle-ci de l'exproprier par des moyens détournés et à peu de frais, ou admettre un contrôle qui comporte forcément une appréciation des actes ; nous pensons qu'en présence de cette alternative l'hésitation n'est pas permise. »

La théorie institutionnelle n'absorbe pas la personne humaine dans l'Etat ou les collectivités intermédiaires, mais la protège contre leur abus d'autorité.

PLAN DES DEUX DERNIÈRES PARTIES. — Les deux dernières parties de ce travail auront pour but d'appliquer les principes qui viennent d'être exposés, au fonctionnement des sociétés anonymes.

La deuxième partie sera consacrée à la composition de l'assemblée.

La conception du pouvoir charge, le principe de sa répartition suivant l'intérêt social nous conduiront à éliminer de l'assemblée les éléments parasites et à développer l'influence des éléments les plus sains c'est-à-dire de ceux qui participent le plus complètement à l'intérêt social et le servent le mieux.

On éliminera de l'assemblée la spéculation pour donner le pouvoir au portefeuille. Les actions spéciales à droit de vote privilégié seront supprimées.

On peut espérer qu'ainsi l'assemblée ordinaire retrouvera un peu de vie, mais nous verrons que malgré les réformes, il ne faut pas trop attendre de son bon fonctionnement.

Dans notre troisième partie nous étudierons le rôle de l'assemblée et nous serons amenés à restreindre ses limites.

Substituant la notion de finalité à celle de délégation de pouvoir, nous confierons la nomination d'un des commissaires de surveillance au Tribunal de Commerce et le contrôle de sa fonction à une institution corporation professionnelle, de telle sorte que clarté soit faite sur l'état des affaires sociales, même dans la carence complète des assemblées ordinaires.

Puis nous étudierons le droit souverain de révocation des

administrateurs et le droit de direction qui en résulte pour l'assemblée conformément à la théorie contractuelle. Nous examinerons les conséquences fâcheuses qui découlent et le caractère inefficace ou défectueux des divers procédés par lesquels on s'est efforcé d'y pallier. La théorie institutionnelle nous donnera une solution meilleure.

Nous substituerons ici encore à la notion de délégation de volonté celle de finalité. Cette dernière, jointe à la règle de continuité, nous fera soumettre le droit de révocation des administrateurs à la règle de conformité à l'intérêt social, c'est-à-dire à la nécessité d'un juste motif. Les statuts pourront retirer la direction à l'assemblée et la conférer aux administrateurs par l'irrévocabilité sans juste cause.

La règle de spécialité nous conduira à retirer à l'assemblée ordinaire et à confier aux assemblées extraordinaires toutes les modifications de l'organisme qui se produisent à l'occasion de son fonctionnement.

Le rôle essentiel de l'assemblée ordinaire sera la nomination des administrateurs et le contrôle de la direction. Elle révoquera les administrateurs lorsque leur gestion sera mauvaise et obtiendra réparation des dommages causés.

Mais le mauvais fonctionnement de l'assemblée ne saurait porter atteinte aux droits propres des actionnaires.. Le droit propre de n'être pas spolié permettra à chacun d'eux de déférer une gestion dolosive au contrôle du Tribunal.

II^{me} PARTIE

Application des principes institutionnels à la composition de l'assemblée

Répartition du pouvoir selon l'affectio societatis entre différentes catégories d'actionnaires

CHAPITRE IV

Participation aux risques

ETRE DANS LA SOCIÉTÉ REFUS DU DROIT DE VOTE A TOUS CEUX
QUI NE PARTICIPENT PAS AUX RISQUES SOCIAUX

Selon la théorie institutionnelle, le vote est une charge. Celle-ci doit être conférée en vue de l'intérêt social à ceux qui s'en acquittent bien.

On attribuera le vote à ceux qui ont « l'affectio societatis », c'est-à-dire la volonté de se comporter en associés. « L'affectio societatis » comporte deux éléments essentiels : la participation aux risques sociaux, et la volonté de poursuivre le bien commun ; un élément facultatif : la collaboration à la poursuite du bien commun.

La participation aux risques est l'élément principal de « l'affectio societatis » chez les actionnaires (1). Elle présente une importance particulière parce que l'assemblée a pour mission essentielle le contrôle. Pour que celui-ci fonctionne bien, il faut qu'il soit exercé par ceux qui en ont besoin, c'est-à-dire par les propriétaires de l'actif social... le contrôle doit être là où est le risque.

La loi interdira donc en principe la dissociation des droits financiers et du pouvoir de vote. Elle s'efforcera d'éloigner de l'assemblée tous ceux qui ne participent pas normalement aux risques sociaux.

ABSENCE DE DROITS FINANCIERS. — Parmi ceux-ci nous trouvons tout d'abord les cessionnaires des pouvoirs.

Le trafic des pouvoirs est un des défauts graves de la pratique actuelle. Par ce moyen un groupe de spéculateurs acquiert souvent à peu de frais la majorité dans une assemblée ; les actionnaires encaissent bien au moment même une faible somme, mais souvent ils la reperdent ensuite car les financiers n'ont pas l'habitude d'agir dans un but philanthropique. Lorsqu'ils avancent quelque argent, ils escomptent généralement le retirer et au delà (2). La société en fera plus d'une fois les frais. Un groupe financier n'achète pas des pouvoirs pour faire un placement mais dans le but de dominer la société, souvent dans son intérêt propre. Il a rarement en vue l'intérêt social tel que le conçoit l'Épargne, il n'a jamais cette acceptation des risques qui caractérise « l'affectio societatis ». L'achat du pouvoir évite celui de l'action et ainsi les pertes qui résulteraient d'un mauvais usage du vote. La ruine de la société qui réduit à néant la valeur des actions n'atteindra pas les propriétaires de pouvoirs.

(1) Voyez l'article de M. Hamel « l'affectio societatis » dans la revue trimestrielle du Droit civil 1925, p. 761 et suivantes.

(2) Cf. Le Pour et le Contre, 12 janvier 1930. Il semble que le groupe Dalziel ait acheté des pouvoirs pour s'emparer des « Wagons Lits » et réaliser l'opération que l'on sait. Voir du moins en ce sens le discours de M. Loubéry, administrateur du syndicat de défense des actionnaires. Extrait sténographique du compte rendu de l'assemblée générale extraordinaire du 29 septembre 1923. Syndicat de défense des actionnaires de la Compagnie Internationale des Wagons Lits, 8, rue Percier, Paris.

Selon l'opinion dominante (1) la cession du droit de vote doit être considérée comme nulle : « Seul le propriétaire d'actions ou son mandataire a le droit de figurer dans les assemblées générales » nous dit la Cour de Lyon (2) en interprétant le sens obvie de l'article 27 de la loi de 1867 : « Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire pour être admis à l'assemblée ». Il faut, croyons-nous, assimiler à une cession pure et simple du droit de vote le pouvoir permanent et irrévocable comme la « *procuratio in rem suam* » par laquelle les Romains tournaient la règle de l'intransmissibilité des obligations. L'opération n'a plus d'un mandat que le nom, elle est en réalité une cession, donc interdite par l'esprit de l'article 27 (3).

Le mandat de voter devra être révocable *ad nutum* parce qu'il représente les seuls intérêts du propriétaire de l'action ; en ce cas, le mandataire est comme le prolongement de la personne du mandant.

La sanction de la nullité ne semble pas suffisante : ne présentant d'autre danger que celui d'insuccès, la cession du

(1) Cf. Cependant, M. Percerou affirme que la cession du droit de vote est possible : « On ne trouve, croyons nous, dans l'arsenal de nos lois, aucun texte qui défende cette opération ». *Annales de Droit Commercial* « Les syndicats de producteurs », p. 298. Pour soutenir la cessibilité du pouvoir de vote, M. Percerou développe logiquement la conception individualiste, il considère le vote comme un droit : « Est-ce à dire pour autant que le cas échéant, l'opération devrait être considérée comme incompatible avec les principes de notre droit. Nous ne le pensons pas, et la règle de la liberté des conventions suffirait, croyons-nous, à en assurer la validité. En principe, tout individu peut disposer séparément des divers éléments qui composent son patrimoine. Et du moment que l'analyse distingue pour l'action deux éléments susceptibles l'un et l'autre d'appréciation pécuniaire, rien n'empêche le titulaire d'en consentir la cession séparée », *op. cit.*, p. 297. C'est pour annuler la cession du droit de vote que la Cour Suprême des Etats-Unis crut devoir consacrer la théorie institutionnelle dans l'arrêt précité. Cf. M. H. Mazeaud, « Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux », p. 100. Il semble donc que l'article 27 de la loi de 1867 ait consacré au moins implicitement une solution de la théorie institutionnelle, tant il est difficile de s'en écarter au fait.

(2) 21 novembre 1894, D. P. 95-2-478. Cet arrêt ne s'est pas prononcé dans son dispositif sur la question même de la cession du droit de vote mais il la condamne implicitement dans le motif cité au texte.

(3) Cf. M. Pierre Voirin, « Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales ». *Rec. Dalloz* 2 juin 1931, p. 49 et suivantes. M. Amiaud, « Les nouvelles formes d'entente entre producteurs devant la loi pénale », p. 133, note 1. M. Mazeaud, « Le problème des unions de producteurs devant la loi française », p. 153 et suivantes. M. Mazeaud, « Le vote privilégié dans les sociétés par actions », p. 99. En sens contraire, M. Wahl, Note sous Naples, 6 août 1909. *Rec. Sirey*, 1910, 4-1.

droit de vote est souvent tentée. Ne serait-il pas bon que ses auteurs fussent atteints par les peines de l'article 13 dont le dernier alinéa serait remplacé par le texte suivant : « Ceux qui ont fait usage pour représenter des actions dans une assemblée générale de pouvoirs qu'ils se seraient procurés à prix d'argent ou par tout autre moyen illicite dans les cas prévus par les trois paragraphes suivants, la peine d'emprisonnement de 15 jours à 6 mois peut en outre être prononcée (1). »

SOCIÉTÉ DE PLACEMENT. — La dissociation du pouvoir de vote des droits financiers peut encore se présenter sous une autre forme : nous voulons parler des sociétés émettrices de certificats qu'on appelle souvent sociétés de placement (2). Celles-ci émettent dans le public des certificats représentant des titres qu'elles gardent en portefeuille avec le droit de vote.

Dès 1926, M. François Marsal (3) signalait l'existence d'une « Société pour l'administration des affaires européennes à Amsterdam ». Cette société procédait de la façon suivante : elle achetait sur notre place des titres français et en particulier des actions de grandes banques ; elle les conservait dans ses caisses en se réservant d'user de leur droit de vote et d'intervenir dans les assemblées pour administrer les affaires européennes. En représentation de chaque titre conservé dans ses caisses elle émettait un certificat donnant à son porteur tous

(1) Rappelons que le paragraphe 1^{er} de l'article 13 édicte une amende de 500 à 1.000 francs contre ceux qui contreviennent à ses dispositions. Le texte ci-dessus est emprunté à un « projet de loi sur les actions spéciales », présenté le 30 juin 1930 à la Société de Législation comparée, section lyonnaise, par M-M. Gounot, Cohendy et Prévost-Paradon. Voir dans le même sens, le projet de la Fédération des porteurs de valeurs mobilières. Massonau, op. cit. p. 142.

(2) Cette dénomination a l'inconvénient de les confondre avec les investissements trusts, ou coopératives de placement, sociétés qui gèrent un portefeuille composé d'éléments variés pour le compte de leurs actionnaires. Consulter, sur ce point, la thèse toute récente de M. Charignon « Sociétés de placement et Sociétés de contrôle ». Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris 1932, p. 47 et suivantes.

(3) Cf. Le discours de M. F. Marsal. séance du 8 mars 1927, J. O. Débats parlementaires, p. 196 et M. A. Massonau, « Les actions à vote privilégié ». Paris, Rousseau 1930. Voyez aussi « Le Pour et le Contre, 8 mai 1927-

les droits financiers du titre, mais aucun droit de vote.

En plaçant ces certificats vendus à des capitalistes de n'importe quel pays, la société hollandaise rentrait dans ses débours et réalisait même la plupart du temps un bénéfice. Le capital accru de ce bénéfice se trouvait vite de nouveau disponible pour un second cycle d'achat. Cela pouvait alors aller fort loin. Rien n'empêchait avec le temps de remplacer peu à peu tous les titres en circulation dans le public par des certificats munis des mêmes avantages financiers mais sans droit de vote. Mutilation dont le public n'a cure puisqu'il ne va jamais aux assemblées ! Ainsi les sociétés de placement peuvent se procurer des pouvoirs sans investir aucun placement dans les affaires, c'est-à-dire sans prendre aucun risque de gain ou de perte. Ainsi, des étrangers qui n'avaient aucun intérêt dans nos sociétés s'en assuraient la domination. On conçoit sans peine les dangers d'une telle combinaison.

Il importe de refuser le droit de vote aux titres garantissant l'émission de certificats et de déjouer ainsi les manœuvres de ces sociétés de placement.

ABSENCE DE PARTICIPATION AUX RISQUES. — Après avoir éliminé de l'assemblée ceux qui n'ont point de droits financiers dans la société, nous nous efforcerons encore d'en exclure ceux qui ayant des droits financiers ne participent pas néanmoins aux risques sociaux. Ce sera tout d'abord le cas du reporteur ; il se propose généralement de faire un prêt à court terme, parfois simplement d'acquérir des pouvoirs à bon compte sans courir aucun risque puisque les titres qu'il a en mains sont déjà revendus, il n'a aucun intérêt réel dans la société, nulle « *affectio societatis* », et cependant la jurisprudence lui reconnaît le droit de vote (1).

Au cours de ces dernières années on a vu intervenir les actions reportées aux assemblées de façon singulière. En

(1) Paris, 19 avril 1875, D. P. 75-1-161 ; Paris, 6 juillet 1892, D. P. 1894 2-598. Solution d'ailleurs juridique conforme à la conception individualiste du droit de vote : un accessoire du titre comparable au coupon .Cf. M. Percerou, « Des syndicats de producteurs », *Annales de Droit Commercial*, 1897, p. 297.

1927, à l'instigation du groupe Dreyfus-Fabre, un syndicat financier prit en report sur le marché à terme pendant le mois de l'assemblée générale toutes les actions de la « Société des Chargeurs réunis » qui demandèrent à être reportées.

A l'aide de ces titres, le syndicat s'assura la majorité à l'assemblée, renversa un conseil qui semblait administrer à l'entière satisfaction de l'ensemble des actionnaires. « Il pouvait sembler à la rigueur que les motifs de cette opération pouvaient être de supprimer un concurrent gênant pour le groupe Dreyfus-Fabre » (1). Il faut d'ailleurs reconnaître que les « Chargeurs réunis » ne semblent pas avoir été mal administrés depuis qu'ils sont sous la mainmise de leur concurrent. Ceci ne prouve qu'une chose : l'honnêteté des hommes supplée fréquemment aux vices des institutions, mais elle ne doit pas servir de prétexte pour empêcher de les réformer. Il faut refuser le droit de vote au reporteur (2).

La même exclusive frappera encore le vendeur à terme. Que lui importe l'avenir de la société ? Il n'y a aucun intérêt réel. Il est encore propriétaire des titres déjà vendus, il les livrera bientôt contre un prix déjà fixé. Parfois même il désire que la situation de la société paraisse mauvaise, il pourra racheter moins cher avant l'échéance les titres qu'il a déjà vendus. Animé de pareilles dispositions comment vait-il se conduire à l'assemblée ?

Il faut refuser le droit de vote à toutes les actions qui flottent sur le marché à terme.

(1) Cf. M. Massonau, *op. cit.*, p. 100.

(2) Voyez, en ce sens, M. Mazeaud, *op. cit.*, p. 100.

CHAPITRE V

Volonté de poursuivre le bien commun

Etre dans la société en qualité d'associé. Refus ou attribution du droit de vote selon la volonté de poursuivre le bien commun.

L'« affectio societatis » ne suppose pas seulement la participation aux risques sociaux, elle demande encore la volonté de poursuivre le bien commun. Selon l'absence ou la présence et les degrés de cette volonté, on refusera ou on accordera un droit de vote plus ou moins étendu à un actionnaire.

On refusera le droit de vote à celui qui est dans la société en qualité de spéculateur pour l'accorder à celui qui y est en qualité d'associé. On s'efforcera de retirer le pouvoir à la spéculation pour l'attribuer à l'épargne.

La spéculation se différencie de l'épargne par un double caractère : elle cherche son bénéfice dans le trafic des titres et les possède peu de temps.

Elle achète et vend les actions comme une marchandise quelconque, coton, étain, plomb ou cuivre. Elle a pour but théoriquement de régulariser le marché des valeurs mais il arrive souvent qu'elle le dérègle pour accroître ses bénéfices aux dépens de l'épargne. Peu lui importe le fonctionnement des sociétés dont elle est actionnaire. N'a-t-on pas vu telle mine en déficit chronique faire figure de vedette du terme ?

Chez le spéculateur nulle « affectio societatis », dès lors point de droit de vote.

Comment discerner chez les actionnaires l'esprit de spéculation ?

On en trouvera un signe dans la mise en nantissement des titres.

L'achat au comptant avec mise en gage des titres en garantie d'un prêt est un mode de spéculation à la hausse comparable à l'achat à terme. On dira il est vrai qu'un capitaliste gêné peut emprunter sur ses valeurs mobilières afin de ne pas vendre dans un moment défavorable. Ici le capitaliste spéculé plus ou moins, envisageant l'état du marché, la hausse du titre à brève échéance plutôt que le dividende et le développement normal de l'affaire. Le Français moyen qui ne vise que l'épargne n'a pas l'habitude d'emprunter pour faire des placements : l'argent prêté lui coûterait 6 à 7% l'an, le placement, pour peu qu'il soit sûr, ne lui donnerait que 4 à 5% au maximum.

Chez le propriétaire de titres en gages, la considération du marché prédomine plutôt que celle du développement de la société. C'est un spéculateur à la hausse. Il est à craindre qu'il ne cherche à « gonfler » le cours du titre en pratiquant à l'assemblée une politique imprudente. Peu lui importe que la société soit ruinée lorsqu'il l'aura quittée. Il faut donc lui refuser le droit de vote. Ne pourrait-on attribuer le droit de vote aux seules actions dont la propriété est pleine, entière, définitive (1) libre de tout gage ou de réméré.

Le droit de vote a pour but de servir non les combinaisons de la finance ou de la spéculation mais les intérêts légitimes de l'épargne.

Attribution du droit de vote à l'épargne

Les intérêts du portefeuille (2) coïncident le plus souvent avec l'intérêt social. Les propriétaires de l'épargne ont l'« affectio societatis ». Ils auront donc le pouvoir mais tous n'auront pas le même droit de vote, car tous n'ont pas l'« af-

(1) Excluant du droit de vote le reporteur et le vendeur à terme pendant qu'ils conservent leurs titres avant livraison promise.

(2) On appelle « portefeuille » en langage de Bourse, l'ensemble des capitalistes qui, dans le but de faire un placement, conservent des actions, possèdent un portefeuille de valeurs mobilières. En style électoral, on les appelle parfois « épargnants ».

fectio societatis » au même degré. Les uns possèdent des titres au porteur, les autres des titres nominatifs. La première catégorie, celle des actionnaires « au porteur » est de beaucoup la plus nombreuse, nous allons l'étudier tout d'abord

a) ACTIONNAIRES AU PORTEUR. — Beaucoup de capitalistes ayant des disponibilités momentanées achètent des valeurs à revenu variable, des actions comme ils achèteraient des obligations ou des bons à court terme. Ils ont préféré des actions parce qu'ils espèrent un accroissement du capital. (Ceci se passe bien entendu dans les moments où la spéculation à la hausse domine la Bourse).

On achète des actions au porteur parce qu'on voit le titre monter et qu'on a l'intention de le vendre quand la hausse sera finie, dans dix-huit mois, un an, ou moins. L'action au porteur présente un avantage d'ordre fiscal sur l'action nominative : elle paye moins d'impôts lorsque les mutations sont rapprochées, espacées de moins de trois ans. L'impôt de transmission est remplacé par une taxe annuelle qui frappe le coupon. Cette dernière égale à peu près le tiers de l'impôt perçu sur une seule mutation au nominatif.

De ce régime fiscal il résulte que, pour les placements à brève échéance, le titre au porteur est plus avantageux que le titre nominatif (1). Celui qui fait un placement à court terme a généralement peu d'« affectio societatis. Il touche ses coupons s'il y en a comme ceux d'une obligation quelconque. Il attend son bénéfice, moins d'une amélioration progressive des dividendes et de l'activité sociale que d'une différence du cours à la revente ; tout ce qu'il demande c'est que la situation de la société paraisse brillante lorsque bientôt il revendra ses titres. Peu lui importe son avenir.

(1) L'action au porteur présente d'autres avantages moins avouables. Elle facilite les fraudes : fraudes fiscales, fraudes dans les faillites, rachat frauduleux d'actions par la société, trafics indéliçats pendant que sont répandues de fausses nouvelles, etc... L'anonymat est toujours propice à la malonnêteté. On conçoit fort bien que le législateur ait pu songer à supprimer les titres au porteur ou à en réduire l'usage. Mais ceci sort du but que nous nous sommes proposés, répartir les pouvoirs dans l'assemblée conformément à l'intérêt social.

Du strict point de vue de la marche des sociétés anonymes, la forme au porteur n'est pas sans présenter des inconvénients graves.

Convoqué à l'assemblée par les journaux, l'actionnaire « au porteur » peut n'être pratiquement pas convoqué du tout.

On ignore la personnalité des associés. Telle société s'aperçoit au matin d'une assemblée générale que la majorité vient de passer en des mains étrangères (1)

La personnalité des actionnaires demeure inconnue pour tout le monde, ouvriers, employés, et même pour la société. Celle-ci n'a en face d'elle que des actions et non des actionnaires, des capitaux et non des hommes. L'anonymat attribue à l'actionnaire l'irresponsabilité morale.

L'« affectio societatis » ne paraît souvent pas très développée chez le propriétaire de l'action « au porteur » (2)

Faut-il lui refuser le droit de vote ?

Etant donné l'état actuel des choses, la grande masse de l'épargne étant placée en titres au porteur ; cette mesure aurait pour effet d'accentuer la carence des assemblées. La discussion s'y trouverait restreinte entre un nombre parfois infime d'actionnaires, la majorité ne représenterait plus grand chose en réalité.

Les propriétaires de titres au porteur ne sont pas des associés modèles, ils ne présentent pas le maximum d'« affectio societatis » mais ils n'en sont pas non plus complètement exempts.

Tant qu'ils subsistent en grand nombre, il ne semble pas qu'il faille leur retirer leur droit de vote. Il importe au bon

(1) M. Massonau cite l'exemple de la société anglaise « General Electric Company » qui s'aperçut le 13 mars 1927 au matin d'une assemblée générale que 60 % de son capital appartenait à des Américains. Cf. « Les actions à vote privilégié en France et à l'étranger », p. 98 et suivantes.

(2) Elle recouvre parfois une spéculation, en général un placement temporaire. « L'action qui se cache, qui n'est souvent pas déposée pour les assemblées générales aurait-elle le même droit de vote que l'action nominative ? » M. Charles Georges Picot, Président du Crédit industriel et commercial. Cité dans « Le Pour et le Contre » du 27 avril 1930, p. 382.

fonctionnement des assemblées que toute action (1), même au porteur, ait au moins une voix (2).

Sans doute on ne peut dans les grandes sociétés accorder l'entrée de l'assemblée à tout porteur d'une action, mais on pourra du moins lui attribuer un bulletin de vote.

b) ACTIONNAIRES AU NOMINATIF. — Nous allons étudier maintenant la catégorie moins nombreuse mais plus intéressante des actionnaires au nominatif.

Partant de ce principe que le droit de vote doit être attribué selon l'« affectio societatis », nous serons amenés à leur attribuer diverses primes de vote.

Le législateur ne pouvant pénétrer la pensée de l'actionnaire, doit pour reconnaître l'« affectio societatis », s'en remettre aux signes extérieurs. (3) Parmi ceux-ci, nous trouvons tout d'abord la forme nominative du titre. Lorsque l'action est au porteur, le capital seul est associé ; lorsque l'action est au nominatif, la personne de son propriétaire est associée. Celui qui consent à se faire connaître comme associé donne son nom à la société et lui apporte dans une certaine mesure le crédit de sa personne. La présence dans une affaire de gros actionnaires connus pour leur honorabilité et leur compétence sera souvent de nature à attirer la confiance de la petite épargne.

FIDÉLITÉ.— Un autre signe de l'« affectio societatis » sera la fidélité à la société, la longue possession du titre.

Le bon associé (4) conserve longtemps ses actions ; l'in-

(1) Sous réserve des dispositions précédemment étudiées.

(2) En effet, les dispositions statutaires qui n'attribuent à chaque titre qu'une fraction de voix, privent les petits actionnaires de toute représentation réelle. La faculté de groupement qui leur est accordée par la loi du 1^{er} avril 1893 ne s'exerce guère que par le bienveillant intermédiaire du Conseil (M. René David, op. cit., p. 11), dont elle augmente l'influence à l'assemblée. Les administrateurs font voter à leur profit les groupements qu'ils ont constitués, résultat fâcheux, comme nous le verrons plus loin, puisque l'assemblée aura pour rôle essentiel de contrôler la gestion de ces mêmes administrateurs.

(3) Cf. Le rapport de M. Dauthy au Sénat, 17 novembre 1930.

(4) On ne dit pas ici que la spéculation soit en elle-même illégitime, mais seulement qu'elle ne doit pas dominer dans les assemblées. Celui qui n'est dans la société qu'en passant n'y doit pas jeter la perturbation. On voudra bien remarquer que le Français moyen qui n'a pas de connaissances écono-

térêt qu'il a dans la société est durable comme l'intérêt social lui-même. Sa possession est continue comme doit l'être le fonctionnement de l'organisme. Il attend son profit du développement de l'œuvre commune de production et de la bonne marche de la société ; il participe à ses bonnes et mauvaises fortunes, aux conséquences d'une gestion prudente ou inconsiderée. Il subit pleinement les risques de gain ou de perte qui en résultent pour la société, il suit l'intérêt social.

Par là surtout, l'épargne se distingue nettement de la spéculation ; celle-ci ne s'engage jamais longtemps, achète à la hausse quand les affaires paraissent meilleures, vend à la baisse quand elles semblent devenir moins bonnes, pour racheter ensuite. Les ventes et les achats fréquents décèlent l'esprit de spéculation, la recherche du gain par le trafic des titres. L'« *affectio societatis* », montrée par la longue possession de l'action donnera donc à son titulaire un privilège de vote : la prime de fidélité nominative (1)

On pourra par exemple attribuer une prime de vote à une voix par action au propriétaire qui conservera pendant quatre ans ses titres au nominatif. La possession pendant quatre ans implique toujours quelque « *affectio societatis* ».

miques spéciales et cherche à gérer son portefeuille en « bon père de famille » change assez peu ses placements. Il achète des valeurs sûres et ne les vend pas sans raisons graves. Il ne cherche pas à tenter de fréquents arbitrages dont il ne peut guère connaître la valeur et dont il supporte assurément les frais.

(1) Cf. En ce sens, l'exposé des motifs du projet de loi déposé le 30 juin 1930 à la section lyonnaise de la société de législation comparée par M. Cohendy, Gounot et Prévost-Paradon. Le cours de M. Gounot à la semaine sociale de Mulhouse « Actionnaires et Conseils d'administration », p. 344. L'article de M. E. Lucien Brun, « Les Actions à Vote privilégié », dans la Revue Catholique des Institutions et du Droit, janvier, février 1929. Cf. « Le Pour et le Contre », 20 avril 1930, 27 avril 1930, 24 mars 1929, 8 mars et 6 décembre 1931. Voir en particulier le « Pour et le Contre » du 12 janvier 1930, p. 23 : « La fortune d'une société est constituée par une longue suite d'efforts ; ceux qui participent depuis longtemps à ces efforts, ont sur le passé, des droits naturels supérieurs à ceux qui rentrent provisoirement dans l'affaire et qui, conservant l'anonymat, marquent ainsi leur désir d'éviter tout lien direct avec elle... Il est intéressant de noter que la Confédération générale de la Production Française suggère... un privilège de vote qui serait conféré aux actions ordinaires mises sous la forme nominative, en augmentant le nombre de voix proportionnellement à la durée de possession de ces actions. Ce procédé met parfaitement en lumière le désir des milieux économiques... de se mettre à l'abri des coups de main organisés par des porteurs occasionnels d'actions... Il s'agit simplement d'introduire une notion d'ordre et de rang dans une organisation qui a été basée jusqu'ici sur des notions de nombre que l'expérience révèle trop grossières ».

L'actionnaire subit déjà sensiblement les répercussions de la bonne ou de la mauvaise administration. Il se différencie nettement du spéculateur à la tendance qui garde ses actions 3 mois ou 6 mois pendant qu'elles montent, préoccupé surtout des fluctuations du marché.

Mais le fait de garder pendant quatre ans un titre en portefeuille n'implique pas toujours la pure volonté de placement. Il peut s'y mêler encore un certain esprit spéculatif.

Un capitaliste voyant par exemple les valeurs de cuivre ou d'étain plongées dans un marasme profond peut acheter quelques unes des grandes valeurs du groupe pensant qu'elles surmonteront la crise et que leur cours s'élèvera sensiblement lorsqu'elles reprendront leurs dividendes. Plusieurs années peuvent passer avant la réalisation d'une telle éventualité. Cependant l'opération est encore une spéculation.

La possession au nominatif pendant dix ans montre une volonté de placement, une « *affectio societatis* » bien plus marquée ; elle ne se rencontre pas chez le spéculateur. Ce dernier cherche un gain dans la fonction d'échange, or ici le trafic est presque nul. Il semble donc que la prime de vote du propriétaire qui possède le titre depuis dix ans puisse être doublée c'est-à-dire élevée à deux voix.

Ainsi le propriétaire d'une action au porteur aura une voix, d'une action au nominatif depuis quatre ans une voix supplémentaire comme prime de fidélité, soit en tout deux voix ; enfin le propriétaire d'une action au nominatif depuis dix ans aura droit à deux voix supplémentaires comme prime de fidélité, c'est-à-dire, à trois voix en tout par action.

CARACTÈRE IMPÉRATIF ? — Ici une question se pose : la réforme doit-elle avoir ou non le caractère impératif, la prime de fidélité nominative doit-elle être imposée par la loi ou au contraire doit-on laisser aux statuts la liberté de l'adopter ou de la rejeter ?

L'inconvénient de la seconde solution est qu'elle privera souvent du bienfait de la réforme les sociétés qui en ont le plus besoin, celles qui sont dominées par des groupes de

spéculateurs. Ceux-ci usent du procédé suivant : propriétaires de la majorité dans plusieurs sociétés, ils consignent leurs actions en report pendant presque toute l'année et ne les possèdent que pendant le mois de l'assemblée. Lorsque celle-ci a eu lieu dans une société, ils placent de nouveau leurs titres en report, et dégagent avec l'argent obtenu, la majorité dans une autre société dont l'assemblée aura lieu le mois suivant. Avec une somme très faible, à peine supérieure au prix de la majorité dans une seule société, ce jeu de mises en report successives permet à un groupe financier de dominer un grand nombre de sociétés (1).

Il va sans dire qu'un tel groupe financier propriétaire des titres pendant le mois de l'assemblée seulement, ne se soucie pas de rencontrer en face de lui des actionnaires munis de la prime de fidélité nominative. Celle-ci inutilisable pour lui l'oblige à posséder un plus grand nombre d'actions pour avoir la majorité. Il n'introduira pas cette prime de fidélité dans les statuts ; si elle y est stipulée il la supprimera toutes les fois qu'il pourra. N'est-il pas bon cependant que d'anciens actionnaires ne poursuivant que des buts d'épargne puissent intervenir avec poids à l'assemblée en face de ce groupe financier ?

Sans doute pourrait-on laisser aux statuts le soin d'adapter la prime de fidélité aux besoins de chaque société et notamment de diminuer le délai requis pour l'obtention de la première voix supplémentaire de 4 à 2 ans (2), mais n'est-il pas bon d'en imposer le principe (3).

Rappelons que le législateur a toujours puisé dans le caractère d'adhésion qui appartient au contrat de société un large pouvoir d'intervention imposant non seulement les dispositions nécessaires à l'ordre public mais encore celles qui sont simplement bonnes.

(1) Voir dans « Le Pour et le Contre » du 30 novembre 1930, l'article consacré au krack de la banque Oustric.

(2) Ou inversement de l'augmenter de 2 à 4 ans. Ne serait-il pas bon de laisser trancher par les besoins de la pratique toutes les controverses qui ont été engagées sur la durée de ce stage, à la condition qu'elle reste sérieuse ?

(3) En laissant toutefois un certain délai pour l'application de la loi afin d'éviter les modifications brutales de majorité.

La transmission par donation n'est pas un échange, de même, la transmission par héritage (1). Elles n'apportent aucune contradiction à l'« affectio societatis », aucune interruption à la « fidélité » ; le donataire ou l'héritier pourront ajouter à leur possession celle de leurs auteurs.

TEXTE PROPOSÉ. — Ne pourrait-on adopter un texte de ce genre :

« Dans toutes les sociétés anonymes et dans toutes les
« assemblées générales quelconques de ces sociétés, les ac-
« tions de toutes catégories et existant sous la forme nomina-
« tive depuis quatre années au moins au nom du même ti-
« tulaire avant la date de convocation de chaque assemblée
« et de la première convocation, en cas de convocations suc-
« cessives, auront droit chacune à deux voix.

« Possédées pendant dix ans dans les mêmes conditions,
« les actions auront droit à trois voix. Les actions nominatives,
« y compris les actions d'apport durant la période de non
« négociabilité, seront quant à l'attribution de ce droit de vote,
« considérées comme appartenant toujours au même titulaire
« tant qu'elles n'auront pas fait l'objet d'une mutation à titre
« onéreux, par conséquent même en cas de transmission ré-
« sultant d'un décès ou de transmission entre vifs à titre
« gratuit » (2).

TEXTE SÉNATORIAL. — Disons maintenant quelques mots du texte voté par le Sénat (3) sur ce point. Le rapport de M. Dauthy (4) s'inspirant des idées que nous venons d'énoncer prévoyait une prime de fidélité. Sous l'influence de la commission des finances, celle-ci fut remplacée par une prime de nominativité.

(1) L'héritier continue la personne du défunt ou mieux continue la propriété de l'institution familiale.

(2) Cette disposition est en grande partie empruntée au projet de loi sur les actions spéciales présenté à la société de législation comparée le 30 juin 1930, par MM. Cohendy, Gounot et Prevost-Paradon.

(3) Séance du 1^{er} décembre 1931. J. O., 2 déc. 1931, Débats parl., n° 104.

(4) 17 décembre 1930 inspiré d'ailleurs du projet déposé à la Section lyonnaise de la Société de Législation comparée le 30 juin 1930.

Article 1^{er} : « ...Toutefois un droit de vote double de celui « conféré aux actions au porteur, en égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, peut être attribué dès l'origine « soit par des statuts, ou une assemblée générale extraordinaire « ultérieure, à toutes les actions libérées pour lesquelles il sera « justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au « moins au nom d'un même actionnaire ; le tout sous réserve « des dispositions statutaires relatives aux actionnaires de « nationalité étrangère et aussi aux dispositions de l'article « 3 ci-après ».

Une seule prime de vote d'une voix pourra être attribuée à toute action nominative depuis deux ans.

CRITIQUE. — L'article que nous venons de citer paraît méconnaître le facteur temps. Celui-ci doit cependant demeurer un élément essentiel dans le calcul des primes de vote parce qu'il permet de diminuer l'influence de la spéculation aux assemblées où elle est un danger. A ce point de vue le stage de deux ans semble nettement insuffisant surtout si aucun avantage supplémentaire de vote ne vient assurer la prééminence des actionnaires vraiment anciens (1).

Le délai de deux ans permettra sans doute de refuser la prime de nominativité à quelques syndicats de durée éphémère, mais dans bien des cas, au contraire, la prime de nominativité ne va-t-elle pas augmenter l'influence des syndicats plus vivaces, qui devront attendre un peu plus sans doute pour obtenir la majorité, mais payer moins.

Il suffit de se rappeler que la « valorisation » (2) des « Wagons-lits » dura quelque cinq ans. La prime de nominativité au bout de deux ans eût, semble-t-il, facilité l'opération, résultat malheureux.

Du moins les statuts en établissant la prime de vote auront-ils la faculté d'augmenter le minimum imposé par la loi.

(1) Voyez en ce sens, M. Massonau : « Les actions à vote privilégié au Sénat, Revue parlementaire et politique, 10 juin 1931, p. 438. M. Massonau se montre partisan du premier délai de quatre ans et du coefficient trois, accordé à l'action nominative au bout de dix ans.

(2) Pour ne pas employer un terme plus fort.

Par ailleurs, la limitation de la prime de vote à une seule voix peut sembler insuffisante pour assurer vraiment la prééminence de l'épargne sur la spéculation.

Enfin l'adoption de la prime de fidélité nominative est laissée à la liberté des statuts. N'est-ce pas priver du bénéfice de la réforme les sociétés qui en ont le plus besoin ?

Le texte sénatorial est-il bien efficace ?

CHAPITRE VI

Collaborer à la poursuite du bien commun

I. — Développer la collaboration des actionnaires, vote par correspondance.

Dans presque tous les autres types de sociétés l'« affectio societatis » ne se borne pas à l'acceptation d'un risque, elle comporte d'ordinaire un autre élément : un rôle dans la vie sociale. « La collaboration économique » dit M. Hamel (1). Cette expression semble un peu large, car l'ouvrier collabore à l'œuvre économique de l'entreprise et cependant on ne lui reconnaît pas le caractère d'associé (2). L'expression de collaboration politique indiquant un rôle dans la société comparable à celui du citoyen dans une république ou une monarchie constitutionnelle serait plus exacte mais trop figurée. Ne pourrait-on adopter le terme de collaboration institutionnelle.

Cette collaboration institutionnelle peut avoir une étendue très grande puisque dans l'esprit du législateur de 67, elle devait comporter même le droit de direction, en fait elle est si peu de chose dans les sociétés de capitaux qu'il faut lui refuser le caractère d'un élément essentiel de l'« affectio societatis » nous dit M. Hamel (3).

(1) Revue trimestrielle de Droit Civil « l'affectio societatis », p. 761.

(2) Il fait partie, non de la société, mais d'une institution plus vaste dans laquelle la première vient s'intégrer. Il faut, croyons-nous, distinguer l'institution société de l'institution entreprise, dans laquelle elle vient se collaborer. En ce sens, le cours de M. Gounot à la semaine sociale de Mulhouse 1931. « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, » p. 262, 289 et suivantes.

(3) Op. cit. ibid.

C'est l'état de fait que nous avons déjà signalé sous le nom de carence des assemblées (1). Pour y remédier nous nous efforcerons de développer la collaboration institutionnelle des actionnaires et lorsqu'elle existe de développer ses effets.

VOTE PAR CORRESPONDANCE. — Les petits actionnaires ne peuvent faire un voyage pour assister à l'Assemblée ils y dépenseraient plus que leur dividende. Le plus souvent ils en sont réduits à envoyer leurs pouvoirs en blanc aux Assemblées sans désignation de mandataire, sans détermination du sens du vote.

Il semble qu'il serait bon d'organiser le vote par correspondance comme dans la société à responsabilité limitée. On permettrait ainsi aux actionnaires éloignés de participer au fonctionnement de la société dans la mesure du possible (2).

II. — Développer ses effets.

PRIME DE PRÉSENCE. — Certains actionnaires apportent à la société une collaboration économique plus développée, ne craignant pas de consacrer leur temps à l'assemblée, de faire un voyage pour y assister et même d'y faire des discours. Mais il est rare que ces discours si judicieux qu'ils soient déplacent la majorité. Il y a pour cela une bonne raison. La majorité se compose de bulletins signés d'avance dont les propriétaires n'assistent pas à la réunion.

Dans les assemblées d'actionnaires la loi est faite par les absents, la réunion n'est qu'un simulacre.

Si l'on veut redonner quelque vie aux assemblées il faut augmenter les pouvoirs de ceux qui y assistent effectivement. Ne serait-il pas bon d'accorder aux actionnaires qui assistent en personne à l'assemblée une prime de présence ?

(1) Voir sur ce point un article de M. Jeze, *Journal des Finances*, 29 nov. 1929 et M. Picard, *Revue d'économie politique*, septembre, octobre 1930, p. 1311 et suivantes.

(2) Le sens du vote étant fixé par l'actionnaire lui même, le trafic des pouvoirs ne pourrait plus avoir lieu qu'entre ses mains, il serait rendu beaucoup moins facile, cela vaut mieux qu'une interdiction pénale.

Ce serait consacrer l'existence de deux catégories d'actionnaires dont l'une s'intéresse à la marche de la société, l'autre ne songe guère qu'à toucher les dividendes (1).

Si l'on admet la prime de présence, devra-t-on l'accorder aux actionnaires au porteur ? Il ne semble pas, les titres au porteur ont trop souvent servi ces dernières années à réaliser des coups de force. Accorder un droit de vote supplémentaire aux propriétaires de titres au porteur, serait faciliter les agissements de certains syndicats de spéculateurs. Résultat malencontreux.

La prime de présence devrait être plutôt une majoration de la prime de fidélité. Il y a une présomption favorable pour les actionnaires qui sont depuis longtemps dans la société et qui n'ont pas craint de se montrer à l'avance.

En tenant largement compte du facteur temps, on rendra la prime de présence presque inutilisable pour les spéculateurs.

Si le législateur estime souhaitable l'adoption de la prime de présence, il devra l'imposer aux statuts ; toute disposition non impérative aurait les plus grandes chances de demeurer lettre morte. En effet, les actionnaires ne pourront guère l'imposer de leur propre initiative. Quant aux administrateurs, ils se soucieront peu de la proposer, ils s'accommodent fort bien de l'absence de contrôle par l'inexistence de l'assemblée et ne désirent aucune innovation susceptible de troubler leur quiétude. Ils considèrent comme des fâcheux les actionnaires assez audacieux pour venir leur demander des comptes ; la prime de présence qui augmente l'influence de ces derniers leur paraîtra inopportune.

Il faut donc augmenter l'influence des seuls actionnaires qui jouent vraiment un rôle à l'assemblée. La prime de

(1). Cf « Le Pour et le Contre », 24 mars 1929. « Si l'on confiait un droit de vote plus large aux actionnaires qui réellement s'intéressent à la gestion de leurs entreprises, sans donner le même droit à ceux qui en font fi, un progrès sérieux serait accompli ». Cf. Le cours de M. E. Gounot à la semaine sociale de Mulhouse 1931, p. 342, « Actionnaires et Conseils d'administration ». Cf. aussi Mlle Piot, « Revue critique de législation et de jurisprudence », p. 462, année 1930.

fidélité pourrait être aménagée de la façon suivante : les actionnaires qui assisteront personnellement à l'assemblée jouiront d'une double prime de fidélité.

Présent à l'assemblée, le propriétaire d'une action inscrite au nominatif depuis quatre ans aura $1 + (1 \times 2 = 3)$ voix ; celui d'une action inscrite au nominatif depuis dix ans, aura : $1 + (2 \times 2) = 5$ voix. Ainsi les actionnaires qui s'intéressent à la vie de la société et participant aux assemblées pourront avoir une influence réelle.

Peut-être trouvera-t-on d'autres marques d'« affectio societatis », peut-être établira-t-on d'autres primes de vote destinées à assurer dans l'assemblée la prééminence de tels ou tels éléments.

Mais quel que soit le mode de calcul des primes, leur total ne devra jamais dépasser un certain maximum à déterminer par le législateur.

Il ne faut pas oublier que l'assemblée ordinaire a pour fonction essentielle le contrôle. Si l'on peut faire varier le pouvoir selon la collaboration-plus ou moins parfaite de chacun, la base du vote doit demeurer l'acceptation d'un risque.

III. — Interdiction des clauses qui limitent l'influence des gros actionnaires, elles diminuent les effets de la collaboration institutionnelle.

Interprétant l'article 27 de la loi de 1867, la jurisprudence reconnaît aux statuts la faculté de limiter le nombre maximum de voix dont peut disposer un même actionnaire. Le pouvoir des gros porteurs n'est pas proportionnel au nombre de leurs actions mais inférieur. La société anonyme se rapproche ainsi du vote par têtes sans y arriver jamais, il en résulte un certain « intuitus personæ », une influence proportionnellement plus grande accordée aux petits actionnaires.

CRITIQUE. — Ce système présente un double inconvénient, il mutile la représentation des gros actionnaires sans organiser celle des petits.

Cette diminution de l'influence des gros actionnaires n'est pas sans danger, elle permet de réduire l'influence de l'assemblée, de la paralyser.

La collaboration de chaque actionnaire ne peut dépasser l'intérêt qu'il a dans la société. Toutes choses égales d'ailleurs, le gros actionnaire a une « affectio societatis » plus vive que le petit, il a dans la société un plus grand intérêt qui justifie une collaboration plus grande.

Soit un petit actionnaire qui touche 15 frs de dividende. S'il consacre plus de trois heures par an à la collaboration institutionnelle fait une mauvaise affaire. Il lira le dernier bilan, le comparera au précédent, rédigera son bulletin de vote et s'en tiendra là.

Soit au contraire un gros actionnaire qui touche 150.000 frs de dividende, il peut consacrer à l'étude des affaires sociales un temps appréciable, consulter des techniciens, faire un voyage pour assister à l'assemblée sans être en perte.

Les gros actionnaires sont presque les seuls présents à l'assemblée, diminuer leur influence sera pour les administrateurs un excellent moyen de paralyser toute opposition, tout contrôle (1). Ne serait-il pas bon de leur assurer un nombre de voix proportionnel à celui de leurs actions sans limitation ? (2)

IV. — Création d'une seconde majorité par tête destinée à assurer la collaboration des actionnaires dans la carence des majorités par sommes.

Mais comme nous le verrons plus loin la majorité des actions peut être en diverses occasions détournée de l'intérêt social. Il importe en ce cas d'assurer encore quelque

(1) Ainsi sera très diminuée l'influence salutaire que les sociétés de placement, investments trust, peuvent avoir dans le contrôle des sociétés ; il semble donc regrettable que le texte voté par le Sénat à l'automne 1931, maintienne la légalité des clauses restreignant l'influence des gros actionnaires.

(2) Voyez, en ce sens, le projet de loi précité sur les actions spéciales présenté à la Section Lyonnaise de la Société de législation comparée le 30 juin 1930 par M. Gounot, M. Cohendy et M. Prévost-Paradon et aussi M. Emmanuel Lucien Brun, op. cit., p. 11.

fonctionnement à l'assemblée, de protéger les petits actionnaires contre l'oppression possible des gros. Pour cela, on soumettra certaines décisions de l'assemblée à l'approbation d'une double majorité non seulement par sommes mais aussi par têtes.

Mieux que toutes les mutilations de la représentation des gros actionnaires, la nécessité de former une seconde majorité par têtes protégera les petits actionnaires et la société contre diverses combinaisons tendant à fausser son fonctionnement (1).

On a introduit la seconde majorité par têtes comme une majorité de secours. Mais elle ne doit pas entraver le fonctionnement déjà trop paresseux de l'assemblée. Pour cela on posera le principe suivant : toutes les fois que la décision comportera une action contre les administrateurs, action sociale, révocation, une seule majorité suffira. Au contraire toutes les fois que la décision sera en faveur des administrateurs comme l'octroi du quitus, une double majorité sera nécessaire.

Pendant la première moitié du XIX^e siècle un double quorum par têtes et par sommes était fréquemment exigée. La loi de 1867 a éliminé le vote par tête, ne serait-il pas bon de le rétablir ? (2).

(1) Voir plus loin, p. 107, le chap. du Verrouillage. Les clauses limitant le nombre de voix dont peut disposer un même actionnaire n'entravent guère les agissements des syndicats financiers. Ceux-ci prennent la forme de participations, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas d'unité extérieure, les tiers ne connaissent que des individualités séparées. La loi belge dispose que « Nul ne peut prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant la cinquième partie des actions émises ou les deux cinquièmes des actions pour lesquelles il est pris part au vote. (Art. 61, loi du 18 mai 1873, M. H. Mazeaud, op. cit., p. 164). Ce texte n'a pas empêché le groupe Dalziel de s'emparer des « Wagons-Lits ». De même il est facile à un gros financier qui veut réaliser une mainmise de répartir la majorité entre plusieurs affaires dépendant d'une même main.

La présence d'une seconde majorité par têtes pourrait apporter à la société un secours précieux contre ces divers dangers si les petits actionnaires étaient capables de quelque activité. Il faut souhaiter qu'ils se groupent en syndicats de défense, secrétariats sociaux. Cf. Le cours de M. Georges Piot à la semaine sociale de Toulouse 1921, p. 114 et suivantes.

(2) Cf. Rapport de M. Dauthy, Sénat, 17 décembre 1930, p. 6 et 7 ; « Le quorum fixé pour toutes les assemblées générales est établi, non plus sur une double base d'un nombre d'actionnaires et d'une quotité du capital social, mais seulement sur le second élément ».

CHAPITRE VII

Attribution du pouvoir de vote selon l'intérêt social à chaque personne en particulier

De la considération d'une personne déterminée

Au cours des chapitres précédents on s'est efforcé de répartir le pouvoir de vote selon l'« affectio societatis » à diverses catégories d'actionnaires, selon des signes extérieurs et généraux.

Ne serait-il pas bon de tenir compte, dans la composition de l'assemblée, de l'« affectio societatis » de chaque personne en particulier ? Tout d'abord n'y aurait-il pas lieu de refuser le pouvoir de vote à toute personne ayant un intérêt individuel contraire à l'intérêt social ? (1). Ainsi il n'y aurait jamais abus du droit de vote.

Il semble que la conscience demande à ceux qui ont un intérêt individuel opposé à l'intérêt social de s'abstenir au scrutin, mais peut-on faire passer ce précepte de droit naturel dans le droit positif ?

Cela ne va pas sans quelques difficultés pratiques.

La sécurité des relations juridiques serait gravement atteinte. Comment savoir à l'avance si les décisions prises seront valables ou non, car il est presque impossible de connaître tous les votants qui peuvent avoir un intérêt personnel

(1) Cf. Le P. Albert Valensin. Traité de Droit Naturel, T. II, p. 244. M. Georges Piot, cours à la semaine sociale de Toulouse 1921, p. 114.

opposé à l'intérêt social. Des décisions seraient nulles à priori alors même qu'elles n'auraient pas violé l'intérêt social.

L'application des règles générales de la théorie de l'abus de droit est préférable. Le Tribunal n'annulera que les décisions contraires à l'intérêt social. Ne convient-il pas de s'attacher moins à l'intention des votants qu'au résultat juste ou injuste du vote ? Deux éléments seront nécessaires pour que la nullité soit prononcée : un élément intentionnel, et un élément objectif, le préjudice causé à la société, qu'il ne faut pas éliminer.

I. — Refus du droit de vote aux administrateurs en matière de contrôle

Cependant il est une catégorie de votants bien déterminée, à laquelle le législateur pourra refuser le droit de vote, dans certaines décisions déterminées.

Ne serait-il pas bon de refuser aux administrateurs le droit de vote sur le contrôle de leur gestion. « Toujours satisfaits d'eux-mêmes (1), ils se donnent toujours quitus et ne se révoquent jamais si mauvaise que soit leur gestion ».

En matière de contrôle, leur intérêt personnel est en opposition manifeste avec l'intérêt social (2), celui-ci sera sacrifié. Faire contrôler les administrateurs par eux-mêmes, c'est supprimer le contrôle. Les administrateurs ne doivent pas se donner décharge à eux-mêmes. (3)

(1) Cf. Voyez le Cours de M. E. Gounot à la semaine sociale de Mulhouse 1931, p. 334.

(2) Sans doute, les administrateurs ont une certaine « affectio societatis », ils collaborent au bien commun, comme les actionnaires, mais d'une façon différente. Il y a antagonisme entre la fonction de direction qu'ils exercent et la fonction : « contrôle de la direction » qui doit demeurer réservée aux capitalistes.

(3) La jurisprudence parut naguère disposée à consacrer cette solution (Cf. M. René David, op. cit., p. 68).

Le Tribunal civil de la Seine, 17 novembre 1891, J. S. 1892, 326, avait statué de la sorte à propos d'un liquidateur amiable qui, en même temps que liquidateur, se trouvait actionnaire de la société en liquidation : « On ne saurait admettre que l'exercice du droit de vote puisse s'appliquer au cas où l'examen même et l'approbation des comptes du liquidateur est en discussion. Une telle solution serait en effet, contraire aux règles du mandat stipulant que tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion. Cette reddition

Mais, a-t-on objecté, de nombreuses législations étrangères refusent le droit de vote aux administrateurs en matière de contrôle et sont violées. Il ne faudrait pas établir une disposition légale qui risquerait de n'être pas toujours observée (1). Faut-il abroger le code pénal parce qu'il est souvent violé ? Si les administrateurs font voter leurs actions pour obtenir la majorité, ce sera souvent un excellent moyen pour prouver le caractère frauduleux de la décision (2).

On a dit encore qu'il ne fallait pas livrer le conseil à l'opposition malicieuse de la minorité. Celle-ci pourrait avec un nombre de voix infime lui refuser injustement quitus.

Si les administrateurs ont mérité leur quitus, ils pourront le demander au Tribunal (3), et s'ils ne l'ont pas mérité, on ne voit pas quel inconvénient grave il y aurait à ce qu'ils

« de comptes deviendrait illusoire si le mandataire pouvait lui-même s'en donner quitus et décharge en tout ou en partie ; et si défalquant les voix qui appartiennent à ce liquidateur le nombre des voix favorables à l'approbation des comptes est inférieur au nombre de voix contraires, il convient de dire que les comptes n'ont point été approuvés ».

La Cour de Paris adoptait incidemment la même théorie dans un arrêt du 18 février 1897 (S. 99-2-186). Mais la Cour de Cassation est demeurée hostile à cette opinion. Voir Civ. 27 juillet 1881 (S. 83-1-337) Journal du Palais, 83-1. 883, note Labbé, et plus récemment un arrêt de principe du 29 juillet 1925 (J. S. 1926, 468, Rev. Soc. 1926, 20 ; S. 1925, 1. 214, note Lyon Caen : D. P. 1926-1-17, note Chéron).

Certains auteurs invoquant de même les principes du mandat approuvaient la doctrine de ces décisions. Thaller qui, plus tard, devait l'abandonner (Traité élémentaire de Droit Commercial n° 683) s'en déclarait alors partisan (Note sous Cassation, 26 octobre 1896, D. P. 1898, 1-1. 65). Ainsi encore Vavasseur (Traité des sociétés, T. II, n° 803 et Rev. Soc. 1897, 313) ; Girerd (Du Droit d'assister aux assemblées générales, Thèse Lyon 1902, p. 207 et suivantes) ; Dolbeau (Gaz. soc., 1927, 313) et d'une manière plus extensive, Chéron (note au D. P. 1926, 1.18). On peut citer encore dans le même sens, MM. Lacour et Boutheron, Précis de Droit Commercial, T. 1^{er}, p. 430. Un grand nombre de législations étrangères, suisse, allemande, italienne, etc... refusent aux administrateurs le droit de voter l'approbation de leurs comptes. Il semble qu'il faille comprendre dans le contrôle les autorisations de contracter avec la société en vertu de l'article 40, les administrateurs sont tentés de sacrifier l'intérêt social à leur intérêt personnel, et de se faire consentir par la société des avantages excessifs. C'est là un abus fréquent.

(1) Voyez dans ce sens, M. R. David, op. cit., p. 69.

(2) Voyez l'arrêt précité de Riom, 21 juillet 1910, D. P. 1917-1. 143). Les administrateurs avaient en l'espèce réparti des actions à leurs amis pour éluder une disposition statutaire limitant le nombre des voix dont pouvait disposer un même actionnaire. La Cour relève ces faits dans le motif suivant : « L'attitude du Conseil d'administration laisserait croire que la cession (d'actif social) approuvée par l'assemblée générale qui ne donne absolument rien aux actionnaires, procurerait cependant à certains des avantages qu'on n'avoue pas ».

(3) Cf. En ce sens, M. R. David, op. cit., p. 69.

fussent obligés de réparer les dommages causés. Cette crainte d'opposition contre le Conseil peut sembler excessive. Actuellement le danger le plus fréquent est l'absence de contrôle. Des actionnaires essayent-ils de faire opposition au conseil, de protester, si judicieux que soient leurs discours, ils n'obtiennent aucun résultat ; au moment du vote leurs voix sont neutralisées par celles des administrateurs.

Si l'on veut que le contrôle soit une réalité, il faut refuser aux administrateurs le droit d'y participer.

II. — Du droit d'exclusion

Pour éviter l'obstruction malicieuse, la loi pourrait consacrer par un texte général un droit d'exclusion des associés pour justes motifs. La majorité pourrait exclure de la société les associés qui, par un mauvais vouloir persistant, mettraient obstacle à sa bonne marche, en leur remboursant leur part de l'actif social. Sorte de dissolution partielle, bien moins onéreuse que la dissolution totale de l'article 1871, supportée par ceux-là seuls qui l'auraient justifiée.

Les exclus peuvent rentrer dans la société clandestinement par l'achat de titres au porteur. mais ils ne peuvent ni se montrer, ni troubler son fonctionnement, le résultat désiré est obtenu.

Actuellement (1), les statuts des sociétés par actions autorisent fréquemment d'une manière expresse l'assemblée générale des actionnaires à exclure certains associés. De telles clauses sont autorisées, leur validité a notamment été admise le 3 juillet 1912 par un arrêt de la Cour de Rennes (2) :

« Considérant que si en principe l'exclusion d'un associé n'est pas prévue par la loi, il est loisible aux associés de régler cette faculté dans le pacte social. » La clause autorisant l'as-

(1) Cf. M. René David, op. cit., p. 135 et suivantes.

(2) J. S. 1913, 37, M. Lepargneur admet également la validité de cette clause dans son article sur l'exclusion d'un associé. J. S. 1928, 257 et suivantes.

M. René David, *ibid.*, p. 136, à qui ces références sont d'ailleurs empruntées.

semblée générale à prononcer l'exclusion d'un associé est du reste formellement autorisée par l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 dans les statuts des sociétés à capital variable.

Le pouvoir d'exclusion tel qu'il existe actuellement ne doit pas être détourné de l'intérêt social. Il fonctionne sous le contrôle des tribunaux, conformément à la théorie institutionnelle (1). Ne serait-il pas bon que la loi établisse par un texte supplétif de la volonté des parties, un droit d'exclusion dans toutes les sociétés par actions ?

III. — Des clauses restrictives de la transmissibilité

AVANTAGES. — Mais, dira-t-on, n'est-il pas plus simple de refuser l'accès de la société aux indésirables ? et l'on fait l'éloge des clauses restrictives de transmissibilité (2). Les actionnaires ne peuvent vendre leurs titres à qui bon leur semble, mais seulement à des personnes agréées par le conseil, nul ne peut entrer dans la société sans l'assentiment des administrateurs (3). Les clauses restrictives de transmissibilité sont fort anciennes (4), elles rapprochent la société

(1) Cf. Cassation civ. 11 mars 1925, Alexis Marcel c. Société de laiterie de Tonnay, Charente, Rev. soc. 1925, 230 ; S. 1926 I. 101. « Quelle que soit la valeur que l'on attribue à la clause des statuts, donnant le pouvoir au Conseil d'administration de prononcer l'exclusion d'un membre de la Société, il est généralement admis qu'en tout cas le pouvoir du Conseil d'administration ne s'exerce que sous le contrôle des Tribunaux ». Cf. Trib. commerce, Le Havre, 11 janvier 1927, c. Touchaud, J. S. 1928, 180. Jurisprudence commerciale et maritime du Havre 1927, 41, et M. René David, op. cit., p. 136.

(2) Sur leur validité, voir Thaller, Annales de Droit commercial 1903, p. 304, « Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions ». Escarra, « Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions » (Annales de Droit commercial 1911, p. 335 et suivantes). Fraissine, « Le double critérium de l'action », (Annales de Droit commercial 1914, p. 5 et suivantes). M. Pic, « Critérium légal de la distinction de l'intérêt et de l'action » (Annales de Droit commercial 1910, p. 448 et suivantes). Wahl, « Précis de Droit commercial », n° 485 et 486, et M. H. Mazeaud, op. cit., p. 240 et suivantes, à qui ces citations sont d'ailleurs empruntées.

(3) Nous n'étudions pas ici les clauses soumettant l'agrément des acheteurs à l'assemblée, elles supposent que les négociations ne sont guère plus nombreuses que les réunions de l'assemblée, elles ne s'appliquent le plus souvent qu'à des sociétés restreintes, destinées à devenir des sociétés à responsabilité limitée.

(4) « La Compagnie du Rieu du Cœur, créée le 4 décembre 1783 y avait recours. Cf. Req. 17 avril 1834, Rec. Sirey, 34. I. 276, et Req. 24 novembre 1856, Rec. Sirey, 57, I. 516, D. 5-6-1, 429 ». M. H. Mazeaud, « Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux », p. 241, note 3.

anonyme de l'intransmissibilité caractéristique des sociétés de personnes, elles ont pour but d'éviter les intrusions dangereuses. Elles peuvent empêcher un groupe financier de s'emparer de la majorité, par là de la direction de la société et de réaliser ainsi une mainmise sur elle (1).

N'auront pas accès dans la société, tous ceux qui auraient de facheux desseins contre elle, seuls entreranno ceux dont on peut prévoir l'attachement à la société.

CRITIQUES. — En face de ce plaidoyer, on a fait quelques critiques à l'application des clauses restrictives de transmissibilité aux grandes sociétés anonymes.

Tout d'abord les clauses de transmissibilité établissent l'attachement aux administrateurs ; quant à l'attachement à la société, il n'en résultera que dans la mesure où l'intérêt des administrateurs coïncide avec celui de la société.

Pour entrer dans la société il n'est pas nécessaire d'avoir l'« affectio societatis », mais seulement l'amitié des administrateurs, ceux-ci pourront si bon leur semble livrer la majorité aux concurrents de la société.

En ce qui concerne la direction, l'intérêt des administrateurs coïncide souvent avec celui de la société, de même l'attachement aux administrateurs et l'« affectio societatis ».

Au contraire, en ce qui concerne le contrôle, fonction essentielle de l'assemblée, il y a opposition entre l'intérêt des administrateurs et celui de la société, donc opposition entre l'attachement au conseil et l'« affectio societatis ».

Souvent les administrateurs ne laisseront entrer dans la société que les actionnaires dont la docilité est assurée. Ils écarteront quiconque serait capable de contrôler effectivement leur gestion, personne ne devra secouer la torpeur de l'assemblée, résultat peu conforme à l'intérêt social, absolument contraire aux réformes précédemment proposées.

(1) Nous étudierons ce danger de façon plus détaillée dans notre troisième partie.

A supposer que les clauses restrictives de transmissibilité soient toujours utilisées dans l'intérêt de la société, sont-elles possibles dans les grandes sociétés dont les titres très nombreux sont appelés à circuler beaucoup dans le grand public ? Il ne semble pas. Tout d'abord les entraves à la circulation des titres en diminuent la valeur : toutes choses égales d'ailleurs, les capitalistes préfèrent les titres qu'ils pourront réaliser librement en cas de besoin.

Un exemple le montrera ; il nous sera fourni par les deux catégories de titres de Montrambert : actions O, librement négociables, actions P à transmissibilité restreinte. Ces deux catégories de titres reçoivent un premier dividende égal de 5 %, soit vingt francs sur leur capital nominal de (cinq cents francs, moins cent francs remboursés = quatre cents francs), au delà les actions P ne reçoivent que la moitié des superdividendes des actions O.

En 1929, un dividende total de 100 frs fut distribué aux actions O, soit 20 francs d'intérêt 5 % et 80 francs de superdividende. Les actions P reçurent 20 francs d'intérêt 5 %, plus un superdividende $\frac{80}{2} = 40$ francs, soit au total 60 francs

Logiquement les primes sur le pair de ces deux titres devraient être dans le rapport $1/2$, comme leurs droits respectifs sur les superbénéfices. Ainsi, lorsque l'action O fait une prime de $1.600 - 400 = 1.200$ francs sur le pair soit 300 %, l'action P devrait faire une prime de $\frac{1.200}{2} = 600$ francs ou 150 %.

En fait, aux derniers cours pendant que l'action O était cotée près de 1.600 francs, l'action P valait environ 600 francs, soit une prime de 200 francs seulement ou 50 % sur le pair, au lieu de 600 francs et 150 % sur le pair. La restriction de la transmissibilité semble causer un désavantage de 400 francs aux porteurs d'actions P.

Les titres à transmissibilité restreinte correspondent mal aux besoins du grand public, seuls les administrateurs ont

intérêt à les acheter parce que, seuls, ils peuvent les vendre librement.

Une autre raison pratique rend la restriction de la transmissibilité des titres presque inapplicable au marché d'une grande valeur : sa mise en œuvre supposerait des disponibilités énormes. En effet, il est rare qu'on reconnaisse à la société un droit de s'opposer purement et simplement (1) au transfert des titres. Cela diminuerait trop leur valeur. Généralement lorsque la société ou les administrateurs refusent d'agréer l'acheteur, ils doivent se substituer à lui, exercer sur le titre un droit de préemption. Quels capitaux faudrait-il pour contrôler le marché de la « Crown Mines » dont les titres représentent près de un milliard de francs, ou du « Crédit Lyonnais » dont la valeur boursière atteint quelque deux milliards ?

Les clauses restrictives de transmissibilité ne pourront guère porter que sur des titres peu nombreux.

(1) La validité des clauses statutaires donnant un droit de veto absolu, soit aux administrateurs, soit à l'assemblée, n'est peut-être pas indiscutable, admise par la Cour de Cassation, Reg. 27 mars 1878, D. P., 78-1-308 ; Req. 29 octobre 1902, D. P. 1902, 1-49 ; Rec. Sirey 1905, 1-89, elle est niée par le Tribunal de Commerce de la Seine, 29 mars 1903, Journal des Sociétés, 1903, p. 376. Le Tribunal de Commerce du Havre, 28 octobre 1921, Gaz. Palais 1922, 1-181 et la Cour de Rouen ; 3 janvier 1923 (Gaz. Palais, 1923, 1-375, D. P. 1923-5-12).

CHAPITRE VIII

Des actions spéciales à droit de vote privilégié

Comment conserver la majorité aux amis des administrateurs, sans entraver la libre circulation de la grande masse des titres ?

L'action spéciale à droit de vote privilégié apporte la solution de ce problème ; elle concentre le pouvoir dans une catégorie d'actions peu nombreuses. La grande masse des titres, formant une autre catégorie, pourra circuler librement, elle ne constituera jamais la majorité.

Qu'est-ce que l'action spéciale à droit de vote privilégié ? Une action qui dispose par elle-même d'un droit de vote supérieur à celui des autres actions, en égard à la quotité du capital social qu'elles représentent respectivement.

L'action à vote plural, pour une valeur relativement faible, donne un pouvoir relativement grand.

HISTORIQUE. — Elle n'est plus une nouveauté. La pratique belge la connaissait dès 1895 (1). En Allemagne, en 1903, la Société des Houillères de la Sarre l'introduisait dans ses statuts (2).

En France (3), l'action spéciale apparaît en 1909 dans les statuts de la Banque de Bretagne. En 1911, la société centrale des Banques de Province l'adopte à son tour,

(1) Cf. M. P. Ramadier. Rapport à la Chambre des Députés, annexe au procès-verbal de la séance du 11 juillet 1930.

(2) Cf. M. A. Massonau, op. cit., p. 52.

(3) Cf. M. Ramadier, op. cit., p. 2.

s'autorisant d'une célèbre consultation de M. Thaller (1). Elle ne se développe guère avant 1920, époque à laquelle de nombreuses sociétés adoptent le vote plural, en 1929 environ 25 % des sociétés cotées à la Bourse de Paris ont adopté le vote plural (2).

Pendant la dépréciation de notre monnaie, de 1920 jusqu'en 1927, l'action spéciale, à droit de vote privilégié, jouit d'une faveur croissante, et même des encouragements du gouvernement. On la considérait comme un remède au danger de main-mise étrangère. Des scandales retentissants vinrent montrer qu'elle pouvait aggraver les dangers qu'elle avait pour but d'éviter. Attaquée par de violentes campagnes de presse, elle fut supprimée pour l'avenir par la loi du 27 avril 1930. Mais toutes les actions spéciales à droit de vote privilégié déjà créées subsistent encore. Il y a donc actuellement deux régimes juridiques s'appliquant à nos sociétés : le régime antérieur à la loi du 27 avril 1930 et le régime postérieur à cette même loi. A l'automne dernier, 1931, le Sénat s'est prononcé pour la suppression des actions spéciales existantes dans un délai de deux ans, à dater de la promulgation de la future loi.

Il ne l'a pas fait sans hésitation (3), car il a supprimé les actions spéciales sans donner aucune autre solution au problème qui avait fait admettre dans presque tous les pays du monde (4) le vote privilégié.

LÉGALITÉ. — On soutient la légalité de l'action spéciale à droit de vote privilégié par une argumentation « a contrario », tirée de l'article 34 de la loi du 16 novembre 1903.

Le législateur de 1903 n'eut-il pas été surpris s'il avait

(1) Cf. M. Massonau, les Actions à vote privilégié en France et à l'étranger, Annexe III, p. 213 et suivantes.

(2) M. Cf. Ramadier, op. cit., p. 2.

(3) Voir notamment le Rapport de M. Dauthy, 17 décembre 1930, et l'Avis de M. Porteu, 26 février 1931.

(4) Sauf en Autriche et dans la République de San Salvador (Avis de M. Porteu, p. 12), Sénat, annexe au procès verbal de la séance du 26 février 1931, n° 135. Il faudrait ajouter encore le Brésil selon la Revue de Swiss Bank, janvier 1930.

connu par avance l'usage qu'on allait faire de son texte ? (1) Les controverses sur l'esprit et la lettre d'anciens textes ont quelque chose d'oiseux puisque le législateur n'est pas, comme le juge, obligé de les respecter.

Il suffit de constater que la légalité de l'action à vote privilégié est admise par l'ensemble de la doctrine (2).

La jurisprudence admet elle aussi la légalité des actions à vote privilégié. En ce sens, on peut citer deux jugements du Tribunal de Commerce de la Seine (3) auxquels il faut joindre, semble-t-il, un jugement du Tribunal de Commerce de Chambéry (4). Celui-ci, se fondant sur un abus de pouvoir des administrateurs, annule une émission d'actions spéciales sans en contester le principe.

La cour de Cassation n'a jamais eu à se prononcer sur la question (5), qui n'a jamais été sérieusement contestée, malgré les intérêts puissants qu'elle met en jeu. La légalité de l'action spéciale est admise par l'estimation commune.

Quelle que soit son opinion personnelle sur la validité des actions spéciales, le législateur ne peut les déclarer nulles rétroactivement par une disposition interprétative de la loi de 1903. Ce serait faire tomber en même temps une foule de décisions prises de bonne foi par des procédés que l'on a pu justement croire légitimes. La sécurité des transactions juri-

(1) Cf. M. G. Cohendy, préface du « Vote privilégié sans les sociétés de capitaux » de M. H. Mazeaud, p. IV.

(2) M. Thaller, *Journal des Sociétés* 1911, p. 394 ; Amiaud, *Les Actions à droit de vote inégal* ; Barrault, la question des actions A et B. « *Recueil juridique des Sociétés* », Mars-avril 1921, p. 96 . Solus ; *Les actions à droit de vote privilégié* (*Revue des Sociétés* 1923, p. 360-361). Málécot, *Du vote plural dans les sociétés par actions*, p. 32. Ch Laurent, *Rapport, Gazette des Sociétés et du Droit financier*, octobre 1921, p. 154. Massonau, *Les actions à vote privilégié en France et à l'étranger*, p. 21 et suivantes. M. André Delille, *Revue Politique des idées et des institutions*, 15 janvier 1931, p. 109 et suivantes. Avec quelques restrictions, M. Boucart, *Journal des Sociétés*, septembre-octobre 1923, p. 419 et suivantes, M. H. Mazeaud, *op. cit.*, p. 85 et suivantes. M. H. Dauthy, *Rapport au Sénat*, 17 décembre 1930. En sens contraire, rapport de M. Lafarge, député, au Comité parlementaire français du Commerce et de l'Industrie.

(3) Cf. Deux jugements du Tribunal de Commerce de la Seine du 12 juin 1922 (*Rev. Soc.* 1927, 189) et du 29 juin 1927 (*Journal des Soc.* 1927, p. 20).

(4) Tribunal de Commerce de Chambéry, 19 août 1927 (*S.* 1928-2-97).

(5) En ce sens, Massonau, *op. cit.*, p. 25.

diques ne s'accommode pas de tels bouleversements. Si les actions spéciales ne tiennent pas leur validité du droit écrit, elles l'ont acquise du droit coutumier.

Effets généraux du vote plural

DISSOCIATION DU POUVOIR ET DU RISQUE.— Le vote privilégié tend à dissocier le pouvoir du risque sans y parvenir jamais complètement. Accordant la majorité à un petit nombre d'actions, on supprime en fait le pouvoir du capital. Celui-ci conserve encore des bulletins de vote, mais ils sont pratiquement inutiles puisqu'ils seront toujours minorité (1). La grande masse des actions subira la loi d'une fraction plus ou moins restreinte du capital. Le maximum théorique du privilège de vote se présente comme suit : Une action a un nombre de voix indéfiniment grand, tout le reste du capital n'a qu'une fraction de voix infiniment petite.

Ce maximum théorique est d'ailleurs bien loin d'avoir jamais été atteint en pratique. On s'est borné le plus souvent à des privilèges de vote ; les plus fréquents varient entre 10 et 15 voix, ou même moins (2), ne conférant pas toujours majorité de l'ensemble des voix. Cependant en Allemagne il y avait en 1925, dix-neuf sociétés donnant mille voix et

(1) Cette notion est assez bien dégagée dans un jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles, 24 juin 1924 (Violon c. Société l'Union allumetoise Rev. prat. soc. belges, 1926. 195. n° 2695, note Pariant ; Rev. prat. du notariat belge, 20 juillet 1924, n° 1636, p. 406, note Beaugniet ; Pasirisie 1925, 3. 61) : « Viole la loi la résolution de l'assemblée générale portant modification des statuts par la création d'actions nouvelles, ne présentant que des intérêts sociaux, proportionnellement minimes, mais disposant de la majorité absolue des voix et pouvant empêcher toute sanction aux injonctions émanant de l'immense majorité des associés ; cette résolution annihile l'exercice effectif du droit de vote des anciens actionnaires et viole le principe d'ordre public investissant chaque actionnaire d'un droit de vote effectif et plaçant les gérants sous la dépendance de l'ensemble des actionnaires. » En l'espèce, l'assemblée avait créé mille actions, dotées, chacune, de trente-cinq voix, permettant à ces actions qui représentaient 250.000 francs d'apport de dominer la société, alors que les 25.000 actions anciennes avaient fait un apport de 6.250.000 francs (Cf. R. David, op. cit., p. 142). Ce jugement n'a d'ailleurs pas été suivi par la jurisprudence belge qui admet la légalité du vote privilégié.

(2) Cf. H. Mazeaud, op. cit., p. 17.

plus aux actions à vote privilégié (1). En France, les privilèges ont été moins exagérés, mais on en trouve cependant qui atteignent quatre cents voix (2). Il suffit dès lors, pour être maître de la société, de posséder 0,25 % de son capital ; 1 million en domine 400. Au point de vue économique, il y a bien peu de différence entre l'achat d'un pouvoir permanent et la souscription de telles actions.

La majorité n'a plus, dans la société, qu'un intérêt pratiquement négligeable. La dissociation du risque et du pouvoir peut être considérée comme complète.

L'ACTION SPÉCIALE ET L'INTUITUS PERSONNÆ. — Le privilège de vote développe-t-il dans la société la considération de la personne ?

Non, pas directement tout au moins. L'action à vote privilégié détache le pouvoir du capital, mais ne l'attribue pas à l'homme, comme les primes de vote étudiées plus haut, elle le laisse cessible, incorporé à une action. On vend par fragments séparés, d'un côté les droits financiers incorporés aux actions ordinaires, de l'autre le pouvoir incorporé aux actions spéciales à droit de vote privilégié. Sans doute, celles-ci ont nécessairement quelques droits pécuniaires, mais au point de vue économique, sinon au point de vue juridique, ce droit pécuniaire n'aura qu'un caractère accessoire ; on achète les actions à droit de vote privilégié pour posséder le pouvoir beaucoup plus que pour les dividendes qu'elles donnent (3).

Les actions spéciales n'établissent aucun « intuitus personne » si elles sont offertes à qui veut les prendre, mais souvent les clauses statutaires attribuent à l'origine les actions spéciales à certaines personnes, et restreignent leur transmissibilité, établissant un certain « intuitus personne »

(1) Cf. M. Massonau, op. cit., p. 59.

(2) Cf. Paris consortium Cinéma. 20 actions ordinaires ont droit à une voix, une action privilégiée à 20 voix.

(3) C'est ainsi des actions à vote privilégié, de Pathé-Cinéma furent vendues 1.050 francs pendant que les actions ordinaires valaient moins de 750 francs, malgré des droits financiers plus considérables.

le privilège de vote en multipliera l'effet. Il permet donc de développer l'« intuitus personæ », mais d'une façon accidentelle, indirecte seulement.

Le privilège des actions spéciales est-il justifié par l'affectio societatis

Le privilège de l'action spéciale développe dans l'assemblée l'influence de certaines personnes ; correspond-il, comme les primes de fidélité, présence, à une « affectio societatis » plus développée, participation plus complète au contrôle à des services rendus à la société ? Non Rappelons que l'« intuitus personæ » établi par les clauses restrictives de transmissibilité montre l'attachement aux administrateurs plutôt qu'à la société. Or, en ce qui concerne le contrôle, fonction essentielle de l'assemblée ordinaire, l'intérêt de la société est directement opposé à celui des administrateurs, de même l'« affectio societatis » diverge de l'attachement aux administrateurs. Celui-ci, loin de justifier une prime de vote, devrait plutôt motiver une diminution de pouvoir. Pratiquement l'action à vote plural transforme en droit l'irresponsabilité de fait dont jouit le Conseil.

Pourquoi, dira-t-on, les actions spéciales ont-elles été souvent accordées aux administrateurs par d'énormes majorités ? (1)

Elles sacrifient un contrôle inexistant au besoin profond d'assurer l'indépendance et la continuité (2) de la direction, de dissocier cette dernière du contrôle, de la retirer aux actionnaires qui la possèdent aujourd'hui pour la donner aux administrateurs.

Nous réservant d'obtenir ce résultat d'une autre façon (3)

(1) Pour « Péchiney », 8/10^e du capital les votèrent à l'unanimité. Pour « Kulhman » 7/10^e du capital les accordèrent à l'unanimité moins deux actionnaires. Pour le « Crédit Lyonnais », 8/10^e du capital, à l'unanimité moins un actionnaire. Cf. M. Massonau, « Les actions à vote privilégié en France et à l'étranger », p. 122.

(2) Cf. M. E. Gounot, *Semaine Sociale de Mulhouse*, 1931.

(3) « Si nos sympathies ne vont pas aux actions à vote plural, nous pensons donc qu'on peut les supprimer en l'état actuel des choses, à moins d'apporter

dans la III^e partie de ce travail, nous demanderons la suppression des actions spéciales, mesure nécessaire si l'on veut rendre quelque efficacité au contrôle.

Certains proposent bien que les actions à vote plural soient obligatoirement réparties dans le public (1). Il est permis de se demander si le grand public accueillerait avec faveur les actions spéciales. Peu lui importe l'augmentation d'un pouvoir qu'il n'exerce pas ; par contre, il ressent vivement la gêne que lui causent les clauses restrictives de transmissibilité. Celles-ci tendront d'ailleurs à concentrer à la longue les actions spéciales entre les mains des administrateurs, ou, ce qui est plus dangereux encore, de leurs amis ; tôt ou tard, elles tendront à devenir leur propriété, à moins qu'elles n'appartiennent à des personnes incapables de clairvoyance et d'opposition, forcément dociles. Les administrateurs feront tout ce qu'ils voudront, comme s'ils possédaient eux-mêmes les actions.

L'attribution réelle du pouvoir sera seulement voilée sous la personne des incapables ou des amis, ce qui rendra les fraudes presque impossibles à démontrer. En fait, ouvertement ou non, les administrateurs disposent des actions à vote privilégié.

MODALITÉS DU PRIVILÈGE. — Les actions spéciales peuvent, soit constituer la majorité absolue des voix, soit seulement une minorité importante, « une masse de défense » dit-on. Pour faire la loi, les actions à vote plural devront avoir l'appui de quelques actions ordinaires, faciles à réunir dans la même main. Dans la première hypothèse, il supprime complètement le contrôle de l'épargne, dans la seconde, il le laisse subsister en théorie, mais le supprime bien souvent en fait.

« des idées nouvelles et un projet rationnel de protection des actionnaires, « susceptible d'assurer la continuité souhaitable à la bonne marche des entreprises. » (Le Pour et le Contre, 12 janvier 1930).

(1) Cf. En ce sens, le projet de réglementation du vote privilégié de l'« Association des porteurs de valeurs mobilières », dans M. Massonau, Les Actions à vote privilégié en France et à l'étranger, p. 144.

Le premier système du privilège de vote sans limitation a donné lieu à des résultats tellement excessifs, qu'il a perdu beaucoup de ses partisans. Ceux qui défendent aujourd'hui le principe du vote plural préconisent généralement la réglementation, c'est-à-dire la limitation du privilège (1).

Le second système est une atténuation du premier, où il n'est guère moins mauvais, ou il finit par n'avoir plus aucun effet pratique.

Lorsque l'épargne est seule présente, les assemblées ordinaires réunissent avec peine le quorum du quart du capital ; pour y faire la loi il suffira d'avoir $\frac{1}{8}$ de l'ensemble des voix ; si l'on use pour cela d'actions ayant droit à 3 voix seulement, il suffira de posséder ou de faire posséder par un homme de paille $\frac{1}{8} : 3 = \frac{1}{24}$ du capital réel ou moins encore.

Un Conseil recevra toujours un nombre d'adhésions plus ou moins conscientes des actionnaires. Il lui suffira de disposer d'une masse de sécurité très faible, souvent de moins de $\frac{5}{100}$ du total des voix pour pouvoir résister à toutes les réclamations de l'épargne : le quitus automatiquement voté ne sera « qu'un simulacre dans un simulacre d'assemblée » (2).

L'opposition formera bien rarement de fortes majorités (3). Un certain nombre d'actionnaires de Pathé-Cinéma furent mécontents qu'on eût, en quelque sorte, acheté la direction de la Société avec les actions à vote plural, néanmoins, ils en purent jamais former de majorité contre le nouveau Conseil ; cependant les actions privilégiées de Pathé n'avaient pas plus de cinq voix et ne formaient pas à elles seules plus de $\frac{33}{100}$ de l'ensemble des voix.

(1) Voyez en ce sens, le projet de la « Fédération des porteurs de valeurs immobilières » dans Massonau, op. cit., p. 142 et suivantes et 217 et suivantes. Cf. encore le vœu émis le 3 février 1931 par l'Assemblée des Présidents de Chambres de Commerce, dans le Capital, du 5 février 1931. Le Rapport Dauthy, 17 décembre 1930. L'Avis Porteur, 26 février 1931.

(2) M. E. Gounot « Cours à la Semaine Sociale de Besançon, 1929 ».

(3) Il y avait 50.000 actions à vote privilégié dont 45.000 environ souscrites par le Conseil sur un total de 500.000 actions au moment de sa cession au nouveau Conseil. Actuellement, la proportion est sensiblement la même, environ 150.000 actions spéciales ayant cinq voix chacune, sur 1.440.000 actions ordinaires ayant droit à une voix.

CONCLUSION. — Même réglementé, l'usage des actions à vote privilégié supprime en fait le contrôle. Il combat l'effet des réformes proposées plus haut, pour rendre un peu de vie et de faculté d'opposition à l'assemblée.

Les primes de fidélité présence et l'action spéciale ont des effets opposés, entre les deux il faut choisir : si l'on veut conserver les actions spéciales, mieux vaut supprimer une assemblée illusoire (1) et reconnaître ouvertement l'absence de contrôle. Si l'on veut au contraire que, en dehors des actions judiciaires individuelles, l'épargne ait un moyen de défense normal contre les fraudes trop nombreuses ces dernières années. Si l'on reconnaît la nécessité d'un contrôle exercé par l'assemblée, il faut supprimer les actions spéciales.

De la suppression des actions spéciales

NON RÉTROACTIVITÉ DES LOIS. — Certains ont voulu opposer à la suppression des actions spéciales, le principe de la non rétroactivité des lois (2).

Selon cette doctrine, la non rétroactivité des lois s'opposerait à la suppression de toutes les actions spéciales, les abus les plus manifestes devraient être respectés. La plupart de ceux qui défendent encore aujourd'hui le principe du vote privilégié reconnaissent la nécessité d'en supprimer les applications excessives (3).

Il semble que le principe de la non rétroactivité des lois ne s'oppose pas à la suppression des actions spéciales dans l'avenir.

Envisageons d'abord l'action à vote plural sous son aspect contractuel, comme l'effet d'une convention. S'agit-il de la

(1) Cf. M. P. Durand, *La Protection de l'épargne*, p. 45. « Autant vaudrait « dans ces conditions, supprimer les assemblées générales d'actionnaires, « parlement sans pouvoir réel. »

(2) Voir notamment le Temps du 19 mars 1931 et M. Wahl « Pour les actions à vote plural », *Revue Politique et Parlementaire*, avril 1930.

(3) Voir, en ce sens, les rapports Dauthy, 17 décembre 1930, l'avis Porteu, 26 février 1931.

supprimer dans le passé, d'atteindre les effets qu'elle a produits antérieurement à la loi nouvelle ? Non. On ne peut donc parler d'effet rétroactif, mais seulement d'effet immédiat (1).

Sans doute, beaucoup de lois nouvelles excluent l'effet immédiat et admettent pour les contrats la survie de la loi ancienne, mais c'est là un usage et non une règle (2), comme la non rétroactivité.

D'ailleurs n'y a-t-il pas dans les statuts autre chose qu'un contrat ? L'action spéciale n'est-elle pas autre chose que l'effet d'une convention ? N'est-elle pas plutôt un rouage, un organe de cette institution qu'est la société anonyme ?

L'action spéciale à droit de vote privilégié n'est pas une de ces bases essentielles que l'on ne peut créer ou modifier sans le consentement unanime des associés. Un grand nombre d'actions spéciales à droit de vote privilégié ont été émises à un moment quelconque de la vie sociale, par simple modification des statuts, dans une assemblée extraordinaire.

Avec le consentement d'une assemblée spéciale d'actions privilégiées, l'assemblée générale pourrait les transformer en actions ordinaires, sans droit de vote plural, ou encore en obligations, ou même les supprimer sous la seule réserve d'un juste équivalent.

L'action spéciale n'appartient pas au domaine du contrat, mais à celui de l'institution. C'est un rouage d'institution, une situation juridique même que la loi nouvelle vient supprimer. Celle-ci sera donc une loi de statique juridique et s'appliquera sans rétroactivité aux situations existantes, dès le jour de son entrée en vigueur. Si une loi nouvelle décidait que le droit d'usufruit pourrait être supprimé à la volonté du propriétaire pour être converti en rente viagère, cette loi s'appliquerait sans rétroactivité à tous les usufruits existants (3). De même, une loi nouvelle peut supprimer les actions

(1) Cf. M^e Roubier, « La distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi ». *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 579 et suivantes.

(2) Ibid.

(3) Cf. M^e Roubier, *ibid.*

spéciales à droit de vote privilégié. Nous avons vu que la majorité des intéressés pouvait, de son plein gré, effectuer la suppression des actions spéciales. Pourquoi le législateur ne pourrait-il pas l'y contraindre ?

MODALITÉS. — Il est désirable que la suppression des actions spéciales soit effectuée par les intéressés eux-mêmes, au moyen d'une modification des statuts (1). Les actions spéciales ne doivent pas être supprimées brutalement dans un court délai. On ne peut supprimer d'un trait de plume un état de choses aussi largement en vigueur que le régime des actions spéciales, sans causer des perturbations graves (2). Un délai de deux ans, accordé aux sociétés pour mettre leurs statuts en harmonie avec la loi nouvelle, paraît nécessaire et suffisant. Il ne faut pas que la réforme ordonnée par le législateur puisse être ajournée sine die.

La suppression des actions spéciales peut être avantageuse ou désavantageuse pour leurs titulaires, selon la valeur qu'ils recevront en échange.

Il importe que cet échange s'accomplisse suivant les règles de l'équivalence, sans dommage ni gain excessif pour personne. Les droits légitimes des propriétaires d'actions spéciales doivent être sauvegardés ; la décision prise dans une assemblée générale extraordinaire où le privilège de vote ne s'exercera pas, devra être ratifiée par une assemblée spéciale d'actions à droit de vote privilégié.

La création des actions spéciales a donné lieu parfois à des abus évidents ; il faut que leur suppression ne puisse pas être l'occasion de nouveaux avantages au profit de titulaires insuffisamment scrupuleux. Le remboursement, le rachat et l'échange des actions spéciales qui violeraient l'équité de façon manifeste, pourront être annulés. Réunies pour sauvegarder les intérêts légitimes des actions ordinaires ou privilégiées, ni l'assemblée générale, ni l'assemblée spéciale, ne sauraient

(1) Cf. le rapport Dauthy, 17 décembre 1930.

(2) Le Pour et le Contre, 12 janvier 1930.

autoriser une violation de leurs droits tellement grave qu'elle constitue un dol ou une faute lourde. Il faut espérer que la jurisprudence appliquera ici les principes qu'elle a dégagés dans les rapports des actionnaires et des obligataires, mais ne pourrait-on l'y inviter par un texte formel (1).

Pour éviter autant que possible les actions judiciaires en cas de désaccord de l'assemblée générale extraordinaire et de l'assemblée ordinaire des actions à droit de vote privilégié, le législateur instituera une procédure analogue à celle de l'article 3 de la loi du 30 juin 1926, sur les baux commerciaux. Voici d'ailleurs le texte du projet voté, sur ce point, par le Sénat (2) :

TEXTE SÉNATORIAL. — Art. 1^{er}. — « Dans les assemblées
« des actionnaires, le droit de vote attaché aux actions est
« obligatoirement proportionnel à la quotité du capital social
« souscrit qu'elles représentent respectivement....

Art. 3. — « Dans le délai de deux ans, à dater de la pro-
« mulgation de la présente loi ; les sociétés devront mettre
« leurs statuts en harmonie avec les dispositions qui précè-
« dent. Aucune modification touchant à la consistance ou à
« la répartition du capital ne pourra être faite avant l'accom-
« plissement de ces formalités.

« Une assemblée générale extraordinaire aura à statuer
« sur les modifications de statuts nécessitées par la présente
« loi, sans que le droit de vote privilégié puisse s'exercer
« dans ladite assemblée.

« A défaut de prévisions insérées dans les statuts origi-
« naires, ou modifiées par décision d'assemblées générales
« extraordinaires dans lesquelles le vote privilégié ne s'est

(1) A quand le texte général annulant les stipulations léonines comme le paragraphe 138 du code allemand ou l'art. 21 du code suisse des obligations. (Cf. M^e E. Gounot, « Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé », p. 444.

(2) Séance du 1^{er} décembre 1931, Journal Officiel, Débats parlementaires, Sénat, mercredi 2 décembre 1931, p. 1516.

« pas exercé, la société pourra à son gré procéder soit au
« remboursement de la valeur des actions à vote privilégié,
« soit à leur échange contre des actions ordinaires au porteur,
« ou contre des actions nominatives, jouissant dès cet échange
« d'un droit de vote double.

« Les conditions de l'échange ou du remboursement seront
« soumises à l'assemblée générale des actionnaires et à l'as-
« semblée spéciale des bénéficiaires d'actions à droit de vote
« privilégié. A défaut d'accord entre les deux assemblées, cha-
« cune d'elles désignera un arbitre, un troisième arbitre étant
« désigné par le président du Tribunal de Commerce dans le
« ressort duquel se trouve le siège social. Les trois arbitres
« fixeront les conditions de l'échange ou du remboursement,
« leur sentence ne sera susceptible ni d'opposition, ni d'appel.

« Cette sentence sera dans les trois jours de la date déposée
« par la partie la plus diligente au greffe du Tribunal civil
« dans le ressort duquel le siège social est situé, et rendue
« exécutoire par ordonnance du président de ce même tribunal.

« Les actes ou pièces exclusivement relatifs à l'exécution
« de la présente loi sont dispensés des droits d'enregistre-
« ment, à l'exclusion du droit d'apport édicté par l'art. 15
« de la loi du 29 juin 1918, dont le taux sera toutefois réduit
« à 1 pour 100, sans décimes.

« Les opérations nécessitées par l'échange des titres en
« exécution de la présente loi sont dispensées des droits de
« transfert et de conversion.

« Si les titres primitifs ont été timbrés, les nouveaux titres
« seront timbrés à l'extraordinaire, ou visés pour timbre,
« gratis, dans la mesure où leur valeur nominale n'excède pas
« celle des titres primitifs.

« L'article 80 de la loi du 13 juillet 1925 n'est pas appli-
« cable aux remboursements et amortissements effectués sur
« le montant des actions à droit de vote privilégié pour l'exé-
« cution de la présente loi.

« La remise en contre valeur, au détenteur d'une action
« à vote plural supprimée, d'une action ordinaire d'un nominal
« plus élevé est exonérée de l'impôt sur les valeurs mobilières.»

CHAPITRE IX

Les actions à vote plural ont-elles été vraiment supprimées par le texte sénatorial ?

Etude du problème posé par l'existence de diverses catégories d'actions, de rangs, de droits financiers différents et de valeurs réelles différentes pour des nominaux égaux.

Le Sénat a supprimé les actions à vote plural, mais il ne les a supprimées que de nom : le droit de vote est fixé selon les valeurs nominales respectives des actions, abstraction faite de leurs droits financiers et de leurs risques, en un mot de leur valeur réelle. Les actions de toutes catégories votent ensemble sur le même pied, à l'assemblée générale ordinaire.

L'action de préférence Rio Tinto valut quelque six cents francs lorsque l'action ordinaire valait huit mille francs, elles ont toutes deux le même nominal de cinq livres, il y a cependant entre ces deux titres une différence appréciable dans la quotité du risque. Doit-on leur donner le même droit de vote ? Selon le texte sénatorial il faudrait répondre affirmativement.

N'y a-t-il pas là une de ces « fissures » que semblait craindre M. Caillaux (1), un moyen de revenir au principe de vote privilégié : un pouvoir très grand pour un risque très faible.

(1) Journal Officiel, 1^{er} décembre 1931, Débats parlementaires, Sénat. Celui-ci fut bien près de la voir, puisqu'il signale au point de vue fiscal le problème soulevé par les valeurs égales correspondant à des nominaux différents.

I. — Différence dans la quotité du risque

Il suffit d'émettre au pair des actions n'ayant que de très faibles droits financiers. Le grand public qui envisage les émissions, surtout sous leur aspect financier, ne souscrira guère les nouvelles actions et les laissera au groupe émetteur, c'est-à-dire au Conseil d'administration ou à ses amis (1). Si l'action ancienne fait une prime considérable sur le pair, on pourra obtenir par ce procédé le contrôle d'une grosse affaire pour une somme infime, il est encore possible de créer de gros privilèges de vote en émettant des actions ayant des valeurs réelles extrêmement différentes pour des valeurs nominales égales : quelques chiffres le montreront.

Avant les dernières émissions et la crise, les actions Rhône-Poulenc, au nominal de 100 francs, valurent plus de quatre mille francs, soit 40 fois le pair. Les actions de Suez, au nominal de 250 francs, valurent plus de vingt-cinq mille francs, soit 100 fois le pair. On aurait donc pu au même moment s'assurer le contrôle du Suez avec 1/100 de son capital réel par le procédé que nous venons d'indiquer : il aurait suffi d'émettre au pair de nouvelles actions n'ayant sur les bénéfices que 1/100 des droits des actions anciennes. Une action nouvelle, d'une valeur réelle de 250 francs, aurait eu le même pouvoir qu'une action de 25.000 francs (2).

Mais, dira-t-on, cette forme de privilège de vote n'est possible que si l'action ancienne dépasse sensiblement le pair. S'il n'y a pas grand écart entre les valeurs réelles et les valeurs nominales, le pouvoir conféré par les actions nouvelles coûtera presque aussi cher que le pouvoir acquis avec des actions

(1) C'est ce qui s'est passé souvent pour les émissions d'actions spéciales proprement dites. Cf. « Le Pour et le Contre », 23 février 1930. Compte-rendu de l'assemblée extraordinaire de Pathé, du 18 février 1930 : « Relativement à l'augmentation de capital réalisée à l'automne, il a été déclaré dans la discussion que si le même administrateur délégué avait souscrit 104.000 des 110.000 actions à vote plural créées, c'est parce que les actionnaires n'avaient guère usé du droit de préférence qui leur était réservé. Toutes leurs demandes ont été servies.

(2) En réduisant le nominal des actions de 250 à 100 francs, on aurait pu donner à des actions de 100 francs le même pouvoir qu'aux actions de 25.000 francs, soit un rapport de 1/250^e.

anciennes. Il y aura impossibilité de contrôler une grosse affaire avec un faible capital. On répondra qu'il est facile de faire apparaître une prime de la valeur réelle sur le nominal, en réduisant ce dernier. L'opération se dénommera une réduction de capital, qui sera presque toujours juridiquement possible (1).

Si la société est dans une situation difficile et les actions sensiblement au-dessous du pair, on pourra user d'un procédé inverse. On dépouillera les actions anciennes de presque tous leurs droits financiers au profit des actions nouvelles à émettre. De l'action ancienne il ne restera guère qu'un capital nominal et un droit de vote élevé, sa valeur réelle tombera presque à rien.

Soit une société dont les actions au nominal de 100 francs sont tombées à 50 francs, elle émettra des actions nouvelles au nominal de 100 francs ayant droit à la presque totalité des bénéfices. Le droit de souscription se vendra par exemple 40 francs, l'action nouvelle vaudra 140 francs et l'ancienne 10 francs. Cependant elle aura le même nominal et le même droit de vote que l'action nouvelle. Toutes choses égales d'ailleurs, le propriétaire de 10 francs aura le même pouvoir que le propriétaire de 140 francs. Il aura un privilège de vote appréciable.

II. — Différence dans la nature du risque

(Différence de rang).

Souvent les risques des diverses catégories d'actions diffèrent non seulement par leur quotité mais encore par leur nature.

Toutes participent à l'intérêt social, la faillite de la société les ruinerait toutes, mais elles y participent de façons différentes, leurs risques de gains et de pertes sont différents. Elles ne se partagent pas des fractions d'une même chose : le patri-

(1) D'autant plus qu'elle sera suivie d'une augmentation par l'émission de nouvelles actions à faible valeur réelle.

moine social, mais bien des droits de nature différente portant sur ce même patrimoine, deux démembrements complémentaires de sa propriété. On pourrait comparer les droits respectifs des diverses catégories d'actions sur le patrimoine social aux droits du nu propriétaire et de l'usufruitier sur une même maison ; mieux encore, aux droits du créancier hypothécaire et du propriétaire proprement dit sur un même immeuble.

Un exemple rendra ces idées plus sensibles. Les actions privilégiées de la Société Rio Tinto ressemblent au point de vue financier à des obligations, elles ont droit à un intérêt cumulatif fixe, elles reçoivent cet intérêt et sont remboursées de leur capital avant les actions ordinaires, mais elles n'ont aucun droit sur les bénéfices excédents. Ceux-ci appartiennent exclusivement aux actions ordinaires, quelle que soit la prospérité de la société. Si cette dernière ne fait que de maigres bénéfices, les actions privilégiées reçoivent intégralement leur dividende pendant que les actions ordinaires ne touchent rien.

Par contre, si la société est très prospère, le dividende des actions ordinaires sera très élevé, dépassant de beaucoup celui des actions de préférence.

A la liquidation, si le capital social est en partie perdu, les actions privilégiées pourront être intégralement remboursées, alors que les actions ordinaires ne recevront rien. Au contraire, s'il y a des réserves, elles seront intégralement réparties entre les actions ordinaires. Celles-ci se partageront, outre le remboursement de leur capital, des sommes parfois considérables dont les actions de préférence ne recevront rien.

Selon le degré de prospérité de la société, la valeur respective des diverses catégories d'actions peut varier. Il y a quelques années, en 1929, « l'ordinaire Rio Tinto » valait 8.000 francs, pendant que la « préférence » valait 600 francs, soit un rapport de 1/13^e. En 1931, peu avant la chute de la livre, « la préférence » valait 300 francs pendant que « l'ordinaire » était tombée à 1.800 francs, soit un rapport de 1/6^e.

Si la société venait à éprouver de graves difficultés, à perdre une partie de son capital (1), on peut penser que la valeur de l'action de préférence, encore voisine du pair, deviendrait supérieure à celle de l'action ordinaire tombée fort au-dessous.

Lorsque les affaires sont mauvaises, l'antériorité devient une supériorité, l'action de préférence vaudra le double ou le triple (2) de l'action ordinaire.

Ainsi pendant la durée de la société, les valeurs respectives des diverses catégories d'actions peuvent varier de 2 à 1/13, ou même 1/100^e, puisque certaines actions ordinaires valent jusqu'à cent fois le pair.

A supposer que les pouvoirs respectifs des diverses catégories d'actions aient été fixés à un moment donné suivant leur valeur réelle, par la suite, la proportion établie pourra se trouver complètement faussée et l'on pourra trouver des privilèges de vote de l'ordre de 25 à 1, ou même de 200 à 1.

III. — Le problème des actions à droits financiers différents à l'étranger

En Angleterre, les sociétés accordent au capital « *deferred* », aux actions ordinaires, une influence relative plus grande qu'au capital « *preferred* », aux actions de préférence.

On se rapproche ainsi, dans l'attribution du pouvoir de vote, l'action de préférence de l'obligation dont elle se rapproche au point de vue financier avec une différence de rang.

Cette pratique appelle cependant des critiques : l'influence respective des diverses catégories d'actions est laissée à l'arbitraire des rédacteurs de statuts. Ceux-ci, au lieu de proportionner le pouvoir au risque, peuvent l'en dissocier et créer

(1) Et si la livre ne continue pas à se déprécier.

(2) Logiquement, le rapport pourrait être beaucoup plus élevé, mais les espérances de l'action ordinaire, cotées à terme, vaudront toujours assez cher.

des privilèges de vote considérables (1). Il n'est pas rare qu'une action « *deferred* » d'un shilling ait le même droit de vote qu'une action « *preferred* » d'une livre.

La seconde critique est que les pouvoirs respectifs de chaque catégorie d'actions sont fixés invariablement alors cependant que leurs valeurs relatives peuvent varier dans de grandes proportions au cours de la vie sociale.

Faire varier le pouvoir avec les valeurs respectives des diverses catégories d'actions. — Ce résultat est partiellement obtenu par la pratique américaine des actions sans droit de vote. Les actions de préférence peuvent n'avoir aucun droit de vote, tant que leur dividende cumulatif leur est servi, seules les actions ordinaires votent. Mais si leur dividende cumulatif est interrompu, les actions de préférence recouvrent le droit de vote (2).

Ainsi le pouvoir des actions de préférence s'accroît lorsque les affaires, devenant mauvaises, les actions ordinaires baissent. Le pouvoir varie dans une certaine mesure selon les valeurs respectives des diverses catégories d'actions.

Mais n'est-il pas illogique de refuser toute représentation normale à une fraction souvent importante du capital pendant que l'on s'efforce d'organiser le contrôle des obligations (3) ?

De plus, ce système présente le défaut grave d'attribuer tout le pouvoir à une fraction souvent restreinte du capital, ses résultats ressemblent à ceux du vote privilégié.

(1) Cf. M. Massonau, « Les actions à vote plural en France et à l'étranger » p. 79 et suivantes, voir également M. Darcy, « Revue politique et parlementaire, mai 1930, qui cite l'exemple du « Pekin syndicate » dont les actions « *deferred* » de 1 shilling ont 335 voix pendant que les actions ordinaires de 1 £ n'ont qu'une voix seulement.

(2) Sur la pratique du vote conditionnel, voir M. Picard, Revue d'économie politique, Sept-Oct. 1930, p. 1305, et M. Percerou, « Les actions à droit de vote privilégié », dans les Annales de Droit commercial, 1930, n° 1. Voir encore les Annales de Droit commercial, octobre, novembre 1930, p. 299, le « Projet de loi pour la réforme du droit allemand sur les actions » du Dr Rosendorf.

(3) Toutes les catégories d'actionnaires ont un intérêt commun à la bonne marche de la société dont la faillite les ruinerait toutes.

IV. — Comment en droit français éliminer le vote plural ?

Une disposition impérative pourrait attribuer le droit de vote aux diverses catégories d'actions, non plus selon la quotité nominale, mais suivant la quotité réelle (1) du capital qu'elles représentent. Les actions voteraient, non plus selon une base déterminée une fois pour toutes, mais chaque année selon leur valeur moyenne, pendant l'année précédente. On pourrait se servir pour estimer celle-ci des bases établies par le fisc pour l'impôt de transmission.

De la sorte, les pouvoirs respectifs de chaque catégorie d'actions seraient proportionnés à leurs valeurs relatives et varieraient avec elles.

Il semble qu'il deviendrait difficile de créer des actions spéciales, d'obtenir un grand pouvoir pour un faible capital.

(1) Donner aux statuts la facilité de proportionner les pouvoirs des diverses catégories d'actions à leur valeur réelle, sans leur imposer l'obligation, n'est-ce pas là le sens obvie de la loi de 1903, art. 34 c. commerce. « Sauf dispositions contraires des statuts, les actions de priorité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de vote égal. » Si les actions de priorité n'ont sur les actions ordinaires qu'un simple droit d'antériorité, et non une supériorité financière, si elles ont une valeur égale, elles auront le même droit de vote.

Si, malgré leur antériorité, elles ont des droits financiers plus faibles que les actions ordinaires, elles auront un vote plus faible.

Si, au contraire, elles ont non seulement une antériorité, mais aussi une supériorité, elles auront un droit de vote plus fort. Cette hypothèse se réalise notamment lorsqu'une société en difficulté veut faire une émission d'actions nouvelles.

Lorsque les actions anciennes sont cotées en Bourse à 50 % de leur valeur nominale, soit par exemple 250 francs, nul n'en voudrait souscrire de semblables pour 500 francs. Pour assurer le succès de l'émission, il faudra que les actions nouvelles aient des droits financiers supérieurs à ceux des actions anciennes. Soit par exemple un dividende préférentiel cumulatif de 5 % et une priorité de remboursement de capital à la liquidation. L'action nouvelle a les droits de l'action ancienne, plus ceux d'une sorte d'obligation. On évite ainsi de réduire le nominal des actions ordinaires de 500 francs à leur valeur réelle de 250 francs ou au-dessous. Il y a réduction de capital déguisée. Si l'on considère les valeurs réellement apportées au moment de l'émission, on voit que la mise d'un actionnaire nouveau est deux fois supérieure à celle d'un actionnaire ancien. Une différence dans le droit de vote sera la conséquence d'une différence dans les valeurs réelles. Ainsi un privilège de vote sera non pas créé mais évité.

Permettre aux statuts de proportionner les pouvoirs aux risques, ou au contraire autoriser des privilèges de 400 voix ? Quelle fut la pensée du législateur de 1903 ? Il est fâcheux qu'il ne l'ait pas exprimée.

Cependant une définition du vote plural permettrait peut-être à l'ingéniosité de la pratique de tourner la loi. Ne vaudrait-il pas mieux prohiber le vote plural sans le définir, laissant le soin de le déceler à la prudence des juges ?

CHAPITRE X

Du verrouillage

La suppression des actions spéciales et de leurs formes détournées ne suffira pas toujours à assurer le fonctionnement normal de l'assemblée. Celui-ci sera souvent faussée par une pratique récente dont les effets ressemblent singulièrement à ceux du vote privilégié, nous voulons parler des combinaisons de verrouillage (1).

On appelle verrouillage une interdépendance institutionnelle établie entre deux ou plusieurs sociétés par un échange mutuel de participations, ayant pour effet de supprimer le contrôle de l'épargne.

SCHÉMA. — Voici le schéma de sa réalisation.

Deux sociétés A et B placent réciproquement la majorité de leurs actions l'une chez l'autre. A fait une augmentation de capital que B souscrit au moyen d'un rapport, s'assurant ainsi la majorité dans les assemblées de A.

B procède également à une augmentation de capital souscrite par A qui s'assure ainsi la majorité dans la société B. Le conseil d'administration de A contrôle celui de B. Le conseil d'administration de B contrôle celui de A.

C'est l'opération qui a été réalisée par trois sociétés d'électricité du sud-ouest : « La Société Bitterroise des Forces et Lumières », la « Pyrénéenne d'énergie électrique » et la « Toulousaine du Bazacle ».

(1) Surtout en Allemagne, mais rien n'empêche de l'acclimater en France.

Chacune de ces trois sociétés a fait une augmentation de capital souscrite par les deux autres. Les actions souscrites représentaient des apports.

Les trois augmentations de capital peuvent donc se résumer en une cession réciproque d'apports.

Les actions souscrites dans chacune des deux sociétés sont assurées de la majorité dans les assemblées. Chaque société est donc contrôlée par les deux conseils d'administration des deux autres sociétés. « En l'occurrence les actions souscrites ont été des actions à vote privilégié, mais on comprend que par un tel procédé d'augmentation de capital, même avec des actions à vote ordinaire, il suffira de l'entente de deux conseils d'administration pour enlever en pratique aux actionnaires leur droit de contrôle (1). »

Souvent même, il y a échange d'administrateurs entre les diverses sociétés et l'on peut dire qu'un même conseil les dirige et se contrôle lui-même, disposant à son profit de l'omnipotence des assemblées.

PEUT-ON INTERDIRE LE VERROUILLAGE ? — Lorsque la suppression du contrôle de l'épargne sera le but du verrouillage, il y aura institution illicite par son but contraire à l'ordre public.

Mais au contraire lorsque l'interdépendance institutionnelle créée par l'échange des participations aura pour but d'établir entre les entreprises une collaboration, une rationalisation économique, pourra-t-on l'interdire ?

Il ne semble pas.

Certaines rationalisations indispensables sont réalisées dans la forme des combinaisons de verrouillage (2).

(1) G. A. Massonau, « Les actions à vote privilégié en France et à l'étranger », p. 134.

(2) La rationalisation de l'industrie chimique n'a-t-elle pas été réalisée sous cette forme en Allemagne ? Si l'on substitue comme nous le proposons plus loin l'irrévocabilité sans juste cause à la révocabilité *ad nutum*, la Holding n'est plus une forme de trust, mais de cartel, il n'y a plus concentration, mais fédération, on ne saurait donc condamner le verrouillage en lui-même.

Les sociétés à grouper cédant la majorité de leurs actions à une super-société dont elles reçoivent en échange les actions : elles contrôlent la super-société qui à son tour les contrôle.

L'économie libérale issue de la Révolution concevait les entreprises comme monades isolées, juxtaposées, indépendantes les unes des autres, sans liens durables entre elles. Dans chacune le capital régnait en maître.

Notre économie institutionnelle ou sociale considère les entreprises comme les rouages d'un organisme, les membres d'un corps. L'économie contemporaine établit entre les entreprises une collaboration et une solidarité croissantes. Demain les entreprises dépendront plus de leurs collaboratrices que du capital initial.

Peut-on interdire aux sociétés toute prise des participations ? Peut-on refuser le droit de vote correspondant à ces participations ?

CONCLUSION. — Si on peut interdire le verrouillage qui a pour but la suppression du contrôle de l'épargne, on ne peut interdire celui qui a pour but la collaboration des entreprises.

Lorsque la majorité par somme sera verrouillée, la seconde majorité par têtes pourra rendre quelques services. Les combinaisons de verrouillage ne peuvent porter que sur les majorités par somme, elles sont inefficaces pour les majorités par têtes, car elles exigeraient le concert d'un trop grand nombre de sociétés.

La majorité par têtes pourra donc refuser quelques quitus par trop scandaleux mais il ne faut pas trop compter sur sa vigilance. Ainsi qu'on l'a vu, la masse des petits actionnaires a trop peu d'intérêts dans la société pour lui rendre de grands services.

L'évolution contemporaine tend à « verrouiller » les sociétés comme elle tend à « démocratiser » l'épargne. Ce sont là deux phénomènes qui s'imposent au législateur, malgré ses efforts le fonctionnement de l'assemblée sera souvent compromis. Il sera nécessaire de réduire son rôle et de développer l'intervention du Tribunal.

CHAPITRE XI

Des commissaires de surveillance

I. — Etat actuel

Faire de la clarté sur l'état des affaires et la gestion de la société, telle est la mission des commissaires de surveillance.

Actuellement leur rôle est pratiquement nul, cela tient à quatre causes principales : caractère nominal de la fonction, la dépendance, l'incompétence, l'irresponsabilité de ceux qui l'exercent. Conséquences directes ou indirectes des conceptions individualistes.

Conformément à la théorie contractuelle, l'assemblée des actionnaires par une libre délégation de volonté donne mandat de surveiller la société, à des commissaires dont elle choisit librement la personne.

Rien ne limite l'autonomie de la volonté de la majorité au regard des commissaires aux comptes, ils ne dépendent que d'elle (en théorie du moins, car en fait ils ne dépendent que des administrateurs) (1).

L'assemblée se bornant à entériner les propositions des administrateurs leur donnera pour censeurs leurs amis. Les commissaires de surveillance devront rester en bons termes avec le conseil s'ils veulent être réélus chaque année à l'expiration de leur mandat. Si d'aventure, il leur arrivait d'avoir quelques divergences de vues avec les administrateurs, de

(1) Rappelons que ceux-ci disposent de l'omnipotence de l'assemblée et que, malgré les réformes proposées, il en sera encore souvent ainsi.

Cf. M. Paul Durand, « La Protection de l'épargne », p. 100. Spes 1930.

révéler sur la gestion des détails fâcheux, le scandale ne se renouvellerait pas, le conseil changerait ses censeurs l'année suivante.

Ce danger même est le plus souvent écarté. Les commissaires aux comptes dépendent encore des administrateurs par leur situation professionnelle, ce sont des employés de la société.

Quel contrôle peuvent exercer des salariés sur leurs supérieurs hiérarchiques ? Pour exprimer un blâme auront-ils l'héroïsme de sacrifier leur place ?

Pour leur éviter des scrupules de conscience les administrateurs nommeront des incompetents incapables de concevoir même les critiques qu'ils auraient à faire.

Souvent les censeurs ne posséderont même pas les connaissances comptables seules exigées par la loi pour l'accomplissement de leur fonction. Celle-ci en effet n'a qu'un caractère nominal, elle se borne à l'examen comptable des divers documents sur lesquels les administrateurs inscrivent avec de grandes libertés (1) la réalité des affaires sociales. Combien d'immeubles d'une valeur considérable sont complètement amortis, portés au bilan pour une somme dérisoire : L'ensemble des immeubles du Crédit Lyonnais est estimé au bilan pour 35 millions. Qui peut dire leur valeur réelle ? Mais les évaluations pessimistes sont moins dangereuses que les évaluations trop optimistes. Combien d'immeubles apportés, achetés trop chers, ou insuffisamment amortis figurent en comptabilité pour des sommes élevées alors que leur valeur réelle est presque nulle. Le divorce des bilans et de la réalité occasionne chaque année à l'épargne d'innombrables dommages (1)

Les commissaires de surveillance « ne sont que des commissaires aux comptes ». Mais si l'on met pour base l'incom-

(1) Cf. M. P. Durand, op. cit., p. 97, 98.

(2) L'affaire Kreuger, après bien d'autres, vient de montrer encore tous les dommages que peuvent causer au public de faux bilans. Il faut de toute nécessité que les comptes des sociétés soient surveillés par un organisme extérieur et supérieur aux entreprises à contrôler.

pétence moyenne de ceux qui exercent cette fonction, il est difficile de leur demander plus.

Enfin, choisis par les administrateurs, les censeurs ne dépendent que d'eux seuls, s'ils commettent des fautes dans l'accomplissement de leurs fonctions, ils en seront pratiquement irresponsables.

En effet ils ne sont responsables de leurs fautes que devant l'assemblée. Celle-ci docile aux injonctions des administrateurs leur donnera presque invariablement décharge.

Si par extraordinaire, une faillite ou une catastrophe quelconque venant à secouer son apathie, l'assemblée voulait agir en responsabilité contre les commissaires, son action serait vaine le plus souvent, car ceux-ci n'ont pas de fortune.

Qu'est-ce qu'une condamnation à des dommages et intérêts contre un insolvable ? (1)

II. — Réformes

NOMINATION PAR LE TRIBUNAL. — Comment rendre effective la fonction des commissaires de surveillance ?

On fera appel à la théorie institutionnelle, on substituera la notion d'intérêt commun à celle de délégation de volonté pour la nomination de l'un au moins des commissaires de surveillance (2).

Aux commissaires nommés par l'assemblée sera adjoint un commissaire nommé par le Tribunal de Commerce. Il y aura dans la société un fonctionnaire qui ne tiendra pas ses pouvoirs de l'assemblée et ne sera à aucun degré le mandataire des actionnaires.

(1) Actuellement, la responsabilité civile des commissaires de surveillance est souvent illusoire. « Revue des Sociétés », p. 140, avril 1931. « Du choix et des attributions du commissaire aux comptes dans les sociétés par actions », par M. Molierac.

(2) Outre le censeur désigné par le Tribunal, l'assemblée conservera le pouvoir de nommer autant de commissaires qu'elle voudra. Ne serait-il pas bon d'organiser pour l'élection des censeurs une répartition proportionnelle en sorte que la représentation des minorités soit assurée.

Le code de commerce roumain prévoit une représentation des minorités pour l'élection des commissaires aux comptes Cf. Cohen. « Le projet de code de commerce roumain ». Bulletin mensuel de la société de législation comparée, p. 186, année 1931.

Si l'on veut retirer la nomination d'un censeur aux administrateurs, il faut la retirer à l'assemblée, et on ne voit pas quel autre organe dans la société pourrait en être chargé. Il faudra donc assurer la désignation d'un des commissaires par un organe étranger à la société. L'autorité judiciaire semble la mieux qualifiée pour remplir cette mission parce qu'elle a la plus grande indépendance morale.

ORGANISATION CORPORATIVE. — Il est de fait qu'en certaines matières au moins la qualité d'expert agréé auprès du Tribunal n'est pas toujours une preuve d'intégrité. Ne faudrait-il pas restreindre le choix du Tribunal aux seuls membres d'une institution corporation professionnelle (1) ?

En Angleterre depuis longtemps déjà les censeurs sont constitués en compagnies sous le nom de « chartered accountants ». Cette organisation paraît avoir donné des résultats bien meilleurs que notre anarchie individualiste.

En France nous voyons se constituer spontanément des corps comme le « Comité Central des experts » ou la « Compagnie des experts-comptables de Paris ». Mais ce mouvement d'organisation encore à ses débuts, n'atteindra pas son plein développement avant un certain nombre d'années.

Quels services peut-on attendre de ces corporations professionnelles ?

(1) En ce sens, M. P. Durand, « La protection de l'épargne », p. 103 et suivantes, le Cours de M. Piot à « La semaine sociale de Toulouse 1921 », p. 105 et suivantes, et la proposition socialiste de M. V. Auriol (doc. parl. n° 1046, Ch. 1929, p. 23). « On a pensé, dit-il, à remplacer les commissaires aux comptes des experts comptables agréés par l'Etat. Cette conception n'est pas exempte d'inconvénients. Non seulement il eût fallu un nombre considérable d'experts comptables qui peut-être n'eussent pas pu remplir avec tout le soin désirable une tâche immense dans de nombreuses sociétés à contrôler, mais il est à craindre qu'à la longue, le contrôle des experts comptables payés par les sociétés n'eût été atténué ou chose plus grave, suspecté par les actionnaires et les tiers. Il faut, certes, utiliser les experts comptables, mais il convient de les utiliser dans le cadre d'un corps de contrôle constitué par l'Etat ». Et M. P. Durand, op. cit., p. 103, à qui cette citation est d'ailleurs empruntée. En sens contraire, le projet déposé le 8 juillet 1930 par le Gouvernement Celui-ci rejette le principe d'un corps constitué, se bornant à établir quelques incapacités à la fonction de commissaire de surveillance. N'est-ce pas insuffisant ? On en trouvera une analyse détaillée dans la Rev. des Soc., avril 1931, p. 137, par M. Molierac. Dans le même sens, la proposition radicale Daladier, 5 sep. 1928, analysée par M. P. Durand op. cit., p. 102, et le rapport de MM. Lewandowski et Levy, J. O. 17 janvier 1929.

Elles assureront tout d'abord la compétence de leurs membres par la spécialisation. En dépit des affirmations du siècle dernier n'importe qui n'est pas capable de n'importe quoi. Pour assurer convenablement leur mission, les commissaires devront être des spécialistes dont la compétence sera obtenue et constatée par l'organisme professionnel au moyen de stages et examens appropriés (1).

Après avoir relevé la compétence moyenne des censeurs, on élargira leur mission, celle-ci ne se bornera plus à vérifier l'état des affaires « sur le papier » mais à rechercher quelle est la valeur véritable de l'actif social, à surveiller les opérations en cours. C'est ainsi que les « chartered accountants » d'une grande holding anglaise se déclaraient incapables de déterminer la valeur réelle des actions d'un chemin de fer en construction, portées au bilan pour leur valeur nominale et d'acquisition.

La corporation imposera aux commissaires les règles nécessaires au bon accomplissement de leurs fonctions, et notamment elle réglera les bilans s'efforçant d'établir pour chaque catégorie d'entreprise des standards. Ainsi les bilans traduiront la réalité d'une façon aussi approchée que possible, et permettant du moins la comparaison des entreprises similaires. Les bilans ne seront plus pour les sociétés « un moyen de dissimuler leur situation ».

La corporation exercera un contrôle sur l'activité de ses membres. Il ne suffit pas d'établir des règles salutaires, il faut encore les faire observer, sanctionner leur violation.

Si les censeurs ne sont pas honnêtes, toutes les précautions prises deviendront inutiles ou dangereuses. Il faut assurer autant que possible la probité des commissaires de surveillance. Là encore la corporation pourra rendre de précieux services, elle élèvera la moralité professionnelle (2) au-dessus du niveau qu'assure la seule répression pénale.

(1) Signalons que l'Etat a déjà institué un diplôme d'expert comptable.

(2) Sur le rôle moralisateur de la profession organisée, cf. le R. P. M. Desbuquois, Cours à la semaine sociale de Toulouse 1921, p. 173.

Le contrôle corporatif permettrait d'assurer automatiquement l'honorabilité des censeurs et l'accomplissement suffisant de leur mission, même dans la carence complète de l'assemblée. Cependant celle-ci conservera la possibilité d'exercer son droit de contrôle. On pourrait en augmenter l'efficacité en rendant la responsabilité civile des commissaires effective ; pour cela il suffirait de leur faire verser un cautionnement en rentes françaises dont ils pourraient percevoir les arrérages. Une sanction pécuniaire vient souvent à point pour renforcer les obligations morales et la réparation de fautes qu'elle n'aura pas empêchées est un résultat appréciable. On le développerait encore par une responsabilité corporative (1) sur un fonds commun analogue à celui des agents de change.

On objectera que cette sorte d'assurance va élever les honoraires des commissaires d'une prime équivalente. Sans doute, mais si l'on considère les pertes causées chaque année à l'épargne par les évaluations majorées (2), on verra qu'elle peut payer cher de bons censeurs.

Rien n'empêche d'ailleurs la société d'en diminuer le nombre, de n'en avoir qu'un seul. Un homme qui remplit consciencieusement sa charge rend plus de services que dix oisifs.

Actuellement les honoraires des censeurs sont pour les sociétés une charge minime sans doute, mais dépensée en pure perte : « Combien de commissaires aux comptes n'ont-ils pas attesté la prospérité de sociétés qui allaient être admises au bénéfice de la liquidation judiciaire ou mises en faillite quelque temps après (3). »

(1) Ce qui serait un moyen de stimuler le contrôle corporatif. Cf. dans ce sens M. P. Durand, *La protection de l'épargne*, p. 104.

(2) Evaluation d'apports, notamment. Sans entrer dans la constitution des sociétés, indiquons que les commissaires vérificateurs pourraient être nommés suivant les règles que nous venons d'indiquer, solution préconisée notamment dans le contre projet Dauthy, Sénat, 17 décembre 1930, doc. parl. n° 621.

(3) M. Moliérac, *Revue des sociétés*, avril 1931, p. 140. Ajoutons que l'on pourrait limiter l'effet de ces prescriptions aux sociétés représentant un capital élevé.

Si l'on ne veut pas rendre efficace l'institution des commissaires de surveillance, mieux vaut la supprimer et ne plus parler de la défense de l'épargne.

III. — Faut-il confier à l'Etat le rôle que nous venons d'attribuer à la corporation ?

L'Etat doit-il assumer les fonctions de la corporation, faire vérifier par les agents de l'enregistrement (1), l'état des affaires de chaque société, réglementer en détail l'établissement des bilans ?

INCONVÉNIENTS POUR LES ADMINISTRÉS : ils sont multiples. Tout d'abord l'Etat commissaire aux comptes.

Les agents vérificateurs de l'enregistrement font partie de l'administration centrale, n'ont guère de responsabilité personnelle. L'erreur dans la vérification sera une faute de service couverte par l'Etat. Elle entraînera de temps à autre des sanctions administratives qui tomberont quelquefois sur les vrais coupables, d'autres fois aussi sur leurs subordonnés. Les agents vérificateurs de l'enregistrement dépendent étroitement du pouvoir politique et celui-ci subit trop d'influences financières. Pour connaître la valeur pratique d'un contrôle administratif, il suffit de lire les procès verbaux de la commission d'enquête.

Ne vaut-il pas mieux assurer un bon contrôle corporatif et ne pas multiplier les doubles emplois inefficaces ?

La réglementation des bilans par l'Etat n'apparaît guère meilleure. Sans doute celui-ci pourrait-il tracer quelques cadres généraux, mais il semble préférable de laisser le détail de la réglementation aux compagnies de comptables. Les règles établies par l'Etat ont un caractère trop général (2)

(1) Solution préconisée notamment dans le contre-projet Dauthy, Sénat 17 décembre 1930, doc. parl. n° 621.

(2) R. Picard, « La défense des actionnaires. » Revue politique et parlementaire, 10 mai 1931, p. 196 : « De fait, il paraît bien malaisé d'instituer des règles générales pour la confection d'un bilan. La diversité des entreprises s'y opposera toujours. Comment évaluer, selon des normes fixées, un outillage industriel, un bâtiment commercial, des installations productives, qui sont en perpétuel changement de formes, d'affectation, de rendement ? ».

pour bien s'adapter aux besoins particuliers. Il faut un temps très long pour obtenir une loi, un acte du pouvoir central, il faut un temps plus long encore pour la modifier. Cette rigidité est une gêne au développement de la vie économique en perpétuel devenir (1) défaut particulièrement sensible à notre époque plus « dynamique » que les précédentes.

La réglementation administrative ne doit pas se substituer aux réglementations corporatives.

Dans l'intérêt de ses sujets le pouvoir central ne doit pas attirer à lui les fonctions des corps intermédiaires.

INCONVÉNIENTS POUR L'ETAT. — Son propre intérêt lui commande aussi de ne pas le faire, ce serait assumer une responsabilité trop lourde.

Lorsque l'Etat intervient directement dans la vie des sociétés, l'opinion publique le rend responsable de toutes les faillites quelque peu retentissantes. Si les agents de l'enregistrement jouaient le rôle de censeurs, lorsque les affaires deviendraient mauvaises, ils n'auraient jamais assez bien rempli leur mission, suffisamment dévoilé la faiblesse de la société, les réformes nécessaires. L'Etat commissaire aux comptes, c'est l'Etat responsable de tous les mauvais placements.

C'est pour cette raison que la loi de 67 a supprimé la nécessité d'une autorisation gouvernementale pour la constitution des sociétés anonymes. Il ne semble pas qu'il y ait lieu de recommencer les expériences du siècle dernier.

CONCLUSION. — Le rôle de l'Etat ne doit pas être une immixtion dans la société, mais plutôt un contrôle (2) qui portera sur la corporation plutôt que directement sur l'en-

(1) La politique centralisatrice et unitaire des légistes paraît avoir contribué à la décadence des corporations, à l'effondrement de l'Ancien Régime : Cf. Chénou : « Histoire du Droit », T. II, p. 377, 1^{er} fascicule 1929 : « La réglementation administrative va devenir excessive et finira par paralyser les universités comme elle avait paralysé les corporations industrielles ». Cf. M. R. Gonnard, Histoire des doctrines économiques, 1928 T. 1^{er}, pp. 144-242. Martin St Léon, Histoire des corporations de Métiers, p. 376 et suivantes.

(2) Sur les rapports de l'Etat et de la corporation, lire le Fédéralisme économique de M. Paul Boncour, Paris 1900.

treprise. L'Etat fera contrôler les compagnies de comptables par l'Office des sociétés.

Sous le contrôle de l'Etat les corporations de censeurs feront sur la vie des sociétés l'indispensable lumière.

Malgré la carence des assemblées, les actionnaires connaîtront automatiquement l'état de leurs placements. Regretteront-ils les conceptions individualistes ?

De la Direction

CHAPITRE XII

A qui appartient-elle ? De la révocabilité « adnutum »

Actuellement le droit de direction appartient aux actionnaires conformément à la théorie contractuelle. « Les sociétés « anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires « à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. » (1)

A ces mandataires on donne généralement le nom d'administrateurs ou de directeurs, désignant ainsi la fonction qu'ils remplissent en fait.

Ce sont des mandataires à temps : la durée de leurs fonctions ne peut excéder trois ans, s'ils sont nommés par les statuts, 6 ans s'ils sont nommés par l'assemblée générale.

Les administrateurs ne sont pas certains d'accomplir leurs fonctions jusqu'au terme fixé, ils peuvent toujours être révoqués avant :

Selon la jurisprudence (2) les administrateurs sont non seulement révocables, mais révocables « ad nutum » c'est-à-dire sans qu'aucune cause soit nécessaire pour justifier la révocation. D'après la jurisprudence, la révocabilité « ad nutum » serait une règle impérative. Dans le mandat ordinaire et dans

(1) Art. 22 de la loi de 1867.

(2) C. 10 janvier 1881. - D. 811-161 ; 2 juillet 1888, D. 89. I. 184 ; 5 juillet 1893, D. 94, I, 41 ; 26 décembre 1910. D. 1912, I - 441 ; Paris, 13 décembre 1883 D. 85. 2. 8. - Paris, 19 juillet 1892, D. 93. 5. 560. - Rouen, 6 avril 1909, S. 10. 2. 233.

Cf. M. Pic « Des sociétés commerciales » T. II, n° 1118.

tous les autres types de sociétés, les parties peuvent déroger à la règle de la révocabilité « ad nutum ». Dans la société anonyme au contraire cela est interdit. Est nulle toute clause tendant à subordonner la révocation « ad nutum » à la nécessité d'un juste motif. La révocabilité souveraine serait imposée sinon par un texte du moins par l'essence même de la société. (1)

**La révocabilité « ad nutum »
est-elle un droit de contrôle ? (2)**

« Il faut, a-t-on dit, que les actionnaires puissent facilement mettre fin à une mauvaise gestion, renverser des administrateurs incapables, négligents, ou qui abusent de leurs fonctions dans leur intérêt propre. L'action sociale en dommage et intérêts est la sanction réparatrice « a posteriori » de la mauvaise gestion. La révocation, la sanction préventive. »

Sans doute le droit de révoquer les administrateurs pour mauvaise gestion doit être non seulement conservé mais amélioré dans toute la mesure possible. La révocabilité pour juste cause, la révocabilité contrôle doit rester à la base de notre société anonyme.

Mais toute autre est la révocabilité « ad nutum » telle que la conçoit la jurisprudence, la majorité révoque les administrateurs selon son bon plaisir, que leur gestion soit bonne ou mauvaise pour la société, aucun motif n'est nécessaire pour justifier la révocation. C'est un droit souverain insusceptible d'abus.

On a voulu voir dans cette révocabilité « ad nutum » l'exercice d'une sorte de responsabilité ministérielle. On peut parler de responsabilité s'il y a mauvaise gestion, c'est l'hypothèse de la révocation contrôle plus haut décrite. Mais s'il n'y a pas mauvaise gestion, pas de préjudice, s'il y a au

(1) Cassation 30 avril 1878, D. 78. I. 314 ; 2 juillet 1888, D. 89 184 ; Agen, 7 janvier 1879, D. 79 - 2 - 247 ; Paris, 25 juillet 1893, D. 94-2-6 ; Marseille, 3 novembre 1903 J. S. 1904. 85 ; Paris, 23 mars 1909, *ibid* 1909 - 406 ; Cf. M. Pic, *op. cit.*, T. II, p. 561-*ibid*.

(2) Cf. M. Pic, *op. cit.*, T. II, p. 560, n° 1117.

contraire bonne gestion, service rendu, peut-on encore assimiler la révocation à la mise en œuvre d'une responsabilité

La responsabilité sans préjudice, la responsabilité des services rendus voilà une notion neuve ! (1)

La révocabilité « ad nutum » est un droit de direction

A travers les administrateurs c'est la majorité qui dirige et dirige dans son intérêt propre.

Attribuer le caractère souverain à un droit, c'est supposer qu'il a une finalité égoïste : « La faculté de révocation « ad nutum » n'a pas besoin d'être stipulée mais elle suppose que le mandat a été donné dans l'intérêt exclusif du mandant » (2).

Ici la jurisprudence s'écarte de la théorie institutionnelle : elle n'exige pas que la révocation soit exercée, conformément à l'intérêt social.

La volonté de la majorité n'est soumise à aucune règle d'équité, sa décision est souveraine, aucun intérêt même égoïste n'est nécessaire pour la justifier ; même dictée par l'intention de nuire, elle ne saurait motiver des dommages et intérêts ni au profit de la minorité, ni au profit des administrations. — Avec eux la société toute entière est livrée à la bonne et à la mauvaise foi de la majorité — cette singulière solution doit être rattachée à la pure théorie contractuelle aux fictions d'unanimité (3) et de délégation de volonté. (4)

Dans les chapitres qui vont suivre on examinera si la direction souveraine par les actionnaires est normalement possible et à quels abus elle donne lieu, ses répercussions sur les administrateurs, la société et le pays tout entier.

(1) En Droit privé, tout au moins, il arrive parfois qu'un ministère gouvernant à la satisfaction générale soit renversé par une coalition d'intérêts parlementaires, mais dans ce cas, est-ce vraiment « responsabilité ministérielle » qu'il faut dire ?

(2) Planiol, Droit civil, T. II, p. 754.

(3) Cf. plus haut, p. 16.

(4) Cf. plus haut, p. 15.

On étudiera les divers procédés par lesquels on a cherché à remédier aux inconvénients de la révocabilité « ad nutum » soit en modifiant la composition de l'assemblée, soit en modifiant les conditions de la révocation elle-même.

On verra enfin que la meilleure manière de pallier aux dangers de cette révocabilité est d'en soumettre l'exercice aux règles de la finalité, elle devra être conforme à l'intérêt social.

Ici encore il faudra abandonner la théorie contractuelle pour suivre la théorie institutionnelle en substituant la notion de finalité à celle de délégation arbitraire de volonté.

Les statuts pourront ôter au droit de révocation son caractère absolu pour le soumettre à la nécessité d'une juste cause. Il cesserait d'être un droit de direction pour devenir un droit de contrôle.

La direction aux administrateurs, le contrôle aux actionnaires, telles pourraient être les bases de la société anonyme de demain.

CHAPITRE XIII

Critique de la révocabilité ad nutum

La révocabilité « ad nutum » donne à l'épargne un pouvoir de direction inutilisable pour elle

La direction par les actionnaires ne correspond plus aujourd'hui à une possibilité pratique. Elle correspond à la notion de « faire valoir ».

Tel un propriétaire qui exploite ses terres à l'aide de quelques salariés, l'assemblée des actionnaires est sensée diriger la société, faisant exécuter ses décisions par les administrateurs. Lorsque cela peut se réaliser le capital de la société est possédé par les membres d'une même famille qui assume la direction. Mais ce n'est pas là la situation normale de la société anonyme qui est essentiellement destinée à faire appel au public. En 1867 celui-ci était généralement restreint comme le nombre des sociétés : les valeurs mobilières étaient réparties entre un petit nombre de gros porteurs. Ceux-ci pouvaient au moins théoriquement jouer un rôle aux assemblées. Mais depuis 1867 s'est opérée la démocratisation de l'épargne.

L'accession des masses à la propriété est excellente au point de vue de la collectivité, de même la dispersion du portefeuille entre des placements variés est un progrès économique. Mais cette double évolution rend la conception du faire valoir complètement caduque. Comme nous l'avons vu plus haut, chaque actionnaire n'ayant qu'un intérêt minime sera presque inerte ; il ne peut assumer la direction de la société.

C'est un métier de diriger une affaire, comme d'être serrurier. Il ne suffit pas pour en faire l'apprentissage d'acquiescer une action. Un artiste peintre ne deviendra pas ingénieur parce qu'il aura placé mille francs dans les mines de Corocoro. Supposons que ce peintre dans le louable désir de faire valoir son capital, se soit mis à suivre les cours de l'école des mines, la prudence élémentaire lui commande de disséminer son avoir entre quinze ou vingt entreprises de natures différentes. Il faudra qu'il devienne alors armateur, chimiste, filateur, voir même restaurateur. Cet actionnaire va-t-il consacrer un mois par an à diriger une société qui lui donne 50 francs de dividende ?

Supposons encore que doués d'omniscience, mu par un désir philanthropique les 130.000 actionnaires de la Société Générale veuillent chacun diriger leur société. Quelle somme énorme de travail sera dépensée en pure perte ?

L'assemblée siège deux heures par an. Comment diriger une société en deux heures pour toute une année ? Faudrait-il multiplier des réunions où presque personne ne peut venir. Les rares actionnaires présents arrivent des régions les plus éloignées. Ils ne se connaissent pas, ne se sont pas concertés, ils n'ont aucun plan d'action commune, ils peuvent suivre une direction mais non l'imposer. Souvent incapable de contrôler, l'assemblée est à plus forte raison incapable de diriger (1).

On rencontre ici la loi institutionnelle de différenciation, loi de progrès dans la cité comme dans les autres collectivités. Le perfectionnement de l'économie contemporaine,

(1) Voir en ce sens M. Jeze, *Journal des Finances*, 29 novembre 1929. M. Truchy, *Le Capital*, 27 juin 1928. « La société anonyme n'a d'anonyme que le nom. En réalité, elle est dirigée par un homme ou un groupe d'hommes qui prennent l'affaire en main, qui y consacrent leur activité et qui ne réussissent à la mener à un haut degré de prospérité que si la durée leur est assurée... Quelques hommes au cerveau bien organisé à la tête d'une affaire avec la durée et la continuité assurées, voilà le secret du succès ». Et M. Picard : « Les actions à vote privilégié au point de vue économique ». *Revue d'économie politique*, septembre, octobre 1930, à qui ces citations sont d'ailleurs empruntées. — Voir aussi « l'illusion de l'anonymat » dans l'exposé sur les actions à vote privilégié de M. Riboud à la Société d'Economie politique de Lyon. *Compte rendu*, année 1929, p. 36.

impose la division des fonctions d'épargne et de direction.

Le groupement des capitalistes consacrera cette spécialisation des fonctions mais ne l'entravera pas. La pratique des sociétés de gestion, syndicats de défense ou secrétariats sociaux pourra changer la personne de ceux qui assument la direction, elle ne saurait la rendre aux propriétaires de l'épargne.

La direction pourra être enlevée aux administrateurs de la société de production et attribuée à ceux de la société de placements (1) mais non à ses actionnaires, propriétaires du capital initial, parce qu'ils sont incapables de diriger.

L'évolution contemporaine tend à dissocier la fonction d'épargne de celle de direction, l'autorité du capital (2).

(1) Il ne semble pas que ce soit un bien, il ne faut pas subordonner l'œuvre de production aux intérêts du capital. Cf. Le cours de M. l'abbé Danset, semaine sociale de Lyon 1925, p. 329. Le projet de loi actuel tend d'ailleurs à donner aux sociétés de placement pour rôle essentiel, le contrôle.

(2) Ceci n'est peut-être que le retour à un état de choses plus ancien. Le capitalisme s'est développé depuis la fin du moyen âge.

Critique de la révocabilité ad nutum

CHAPITRE XIV

La révocabilité souveraine est non seulement inutile, elle est nuisible Atteinte à la continuité institutionnelle

I. Répercussions de la révocabilité souveraine sur les administrateurs et sur la marche de la société

a) ELLE LÈSE LES ADMINISTRATEURS. — On a vu dans la première partie de ce travail que l'application de la théorie contractuelle à la société anonyme se heurtait aux principes généraux du Droit. La révocabilité souveraine qui en est la conséquence se heurte à un texte précis, la loi du 27 décembre 1890 (Art. 1780 c. civ.).

Selon cette loi, le congé abusif d'un salarié lui donne droits à des dommages et intérêts. La jurisprudence accorde le bénéfice de l'article 1780 aux directeurs et mandataires particuliers de la société, le refuse aux administrateurs et mandataires généraux (1).

(1) Cf. M. Pic, Des Sociétés Commerciales, T. II. n° 1138. Traité de Législation industrielle n° 1202. Questions pratique 1900, 129. M. Lacour, Droit commercial, T. I, n° 549-cass. 12 décembre 1892 D. 93-1. 164. - Paris, 19 juillet 1892, D. 93. 5. 560 ; Douai, 31 mars 1898, journ. soc. 98. 413 ; Paris, août 1901, ibid 1902, 118, 23 mars 1909, ibid 1909, 406. Cette jurisprudence paraît peu logique car l'art. 22 de la loi 1867 considère la rémunération des administrateurs comme un salaire et non comme un gain d'associé. Selon la théorie contractuelle, l'administrateur n'est qu'un salarié, agent d'exécution des décisions de l'assemblée, toujours subordonné à son omnipotence comme le directeur particulier est soumis à l'autorité du directeur général. Ce qui est

Cette solution qui ne s'appuie sur aucun texte précis est particulièrement fâcheuse car le dommage causé aux administrateurs par un congé abusif est particulièrement grave (1).

La plupart des salariés sont payés au jour le jour, au contraire la rémunération des administrateurs a souvent un caractère différé. Elle est constituée par des tantièmes proportionnels aux bénéfices distribuables. Une sage administration conduira souvent à sacrifier le présent à l'avenir, par exemple à vendre à prix restreint des produits de bonne qualité pour constituer une marque, une clientèle.

Pendant tout ce temps « d'établissement » les bénéfices distribuables seront diminués, avec eux les tantièmes. Il est difficile de faire apparaître dans un bilan une augmentation de valeur de la marque, de la clientèle. Lorsque celles-ci seront constituées, le fruit de ces efforts apparaîtra, les bénéfices augmenteront et les tantièmes aussi, ce sera la compensation des sacrifices antérieurs.

La rémunération des administrateurs est donc bien souvent différée, elle est injustement perdue, lorsque les administrateurs sont injustement révoqués. Ils ont cru par leur travail et leur honnêteté assurer la sécurité de leur vieillesse, d'autres viennent à leur place récolter ce qu'ils ont semé.

vrai dans la distinction du mandat particulier et du mandat général c'est que le second n'est pas un mandat, mais un pouvoir de direction, les tantièmes non un salaire, mais une rémunération d'associé. Mais dire cela, c'est consacrer la théorie institutionnelle ; on verra que celle-ci, loin d'absoudre les abus, leur donnera une sanction plus complète que l'art. 1780, celle de la nullité.

(1) On a objecté qu'il existait une différence notable de situation entre l'administrateur et l'ouvrier salarié. « L'administrateur est souvent dans l'aisance, sinon dans l'opulence. Si les tantièmes sont minimes, il a généralement quelque autre occupation lucrative. Il n'a pas besoin de la protection de l'art. 1780 comme l'ouvrier pour qui le pain du lendemain est souvent un problème. Les tribunaux n'ont pas retenu cette différence de situation puisqu'ils ont accordé le bénéfice de l'article 1780 à des directeurs techniques jouissant de gros appointements. N'est-il pas bon d'assurer, par une application générale de l'article 1780, la stabilité et l'indépendance du travail en face du capital ? N'est-il pas bon de diminuer la prépondérance économique et sociale que se sont arrogés depuis quatre ou cinq siècles, les détenteurs du capital ? N'est-il pas bon de substituer à la révocabilité arbitraire, la révocabilité pour justes motifs, au principe de la souveraineté absolue, celui des pouvoirs limités ?

A cela on répond que la situation des administrateurs comporte des avantages notables et qu'elle peut aussi comporter des risques. C'est vrai mais ce qui est décisif c'est que l'intérêt des administrateurs coïncide sur ce point avec celui de la société (1) voire même du pays tout entier (2).

b) RÉPERCUSSION SUR LA SOCIÉTÉ DU DOMMAGE CAUSÉ AUX ADMINISTRATEURS PAR LA RÉVOCABILITÉ AD NUTUM. — Si la révocabilité des mauvais administrateurs est pour la société un besoin incontestable, la stabilité des bons administrateurs est un besoin fondamental.

La révocation injustifiée fait courir aux administrateurs un risque de perte. Quelles seront les répercussions de ce risque sur la société ?

Tout d'abord il faudra qu'elle « assure » ce risque, il faudra qu'elle paye aux administrateurs, outre le salaire normal, un supplément à titre de prime d'assurance, c'est-à-dire que la part proportionnelle des administrateurs dans les bénéfices sociaux sera plus élevée.

(Remarquons que si la révocation injustifiée fait subir une perte injustifiée aux anciens administrateurs, elle ne rapporte rien à la société : jetons et tantièmes iront à de nouveaux administrateurs, mais ne s'égareront jamais dans l'escarcelle des petits actionnaires.)

ATTEINTE A LA CONTINUITÉ.— On a dit parfois que la crainte de révocation stimulait l'activité des administrateurs, cela est vrai pour la révocation causée par la faute ou la négligence, mais cela est faux pour la révocation injustifiée : elle tend à dissocier de l'intérêt social l'intérêt des administrateurs, alors que l'intérêt social est durable, celui des administrateurs devient essentiellement temporaire.

Ils vont chercher à diminuer le plus possible le risque de perte que leur fait courir la révocabilité « ad nutum ». Incertains du lendemain ils chercheront à percevoir au jour

(1) « Le Pour et le Contre », 8 mai 1927.

(2) « Le Pour et le Contre », 12 janvier 1930.

le jour les sommes les plus élevées en augmentant les bénéfices immédiats : ainsi ils seront souvent amenés à sacrifier l'avenir de la société. Pour semer il faut avoir l'espoir de récolter, les administrateurs auront une politique imprévoyante bien souvent contraire aux véritables intérêts des actionnaires.

Si la menace de révocation injustifiée est fâcheuse, son accomplissement est plus dangereux encore : la gestion a besoin de continuité (1). Tout changement de direction inutile est mauvais. L'expérience est le fruit du temps, elle manquera pendant de longues années aux nouveaux administrateurs, la gestion du nouveau conseil sera inférieure à celle de l'ancien. Le changement de direction nuira non seulement au fonctionnement intérieur de la société mais aussi à ses rapports avec tiers. Il se traduira souvent par un changement de méthode. Comment sera-t-il accueilli par la clientèle ? Habitée à traiter avec tel chef d'entreprise, elle devra faire connaissance avec tel autre. Il y a dans la clientèle un élément personnel qui n'est pas négligeable à chaque changement il faut le reconstituer.

Sans doute peut-on supposer que l'on a révoqué de bons administrateurs pour en nommer de meilleurs. L'accroissement durable des bénéfices compensera et au delà les inconvénients du changement. C'est cela une hypothèse possible théoriquement mais bien rarement réalisée. Il est plus facile de promettre que de tenir.

Quelqu'habile financier viendra dire aux actionnaires : confiez-moi votre affaire, en deux ans je quadruplerai vos bénéfices. Il leur faudra une robuste sagesse pour résister à ces paroles captieuses, soit qu'ils aient un désir morbide de gain, soit qu'ils en aient le besoin vital (2).

(1) Voir plus haut P. 42, sur la règle institutionnelle de continuité et M. Truchy, *Le Capital*, 27 juin 1928. M. Picard, *Revue d'économie politique*, septembre, octobre 1930. « Les actions à vote privilégié au point de vue économique. »

(2) Ce sont les petites bourses qui sont la proie habituelle des détresseurs de l'Épargne, elles croient aux merveilleuses prouesses parce qu'elles ont besoin.

La société va donc révoquer les administrateurs qui n'auraient su qu'assurer son aisance, elle nomme ceux qui vont faire couler le Pactole. Mais la Finance ne fait pas de miracles. La désillusion va suivre, plus les promesses étaient belles, plus les pertes seront lourdes. Heureux si l'on change le conseil pendant qu'il reste encore quelque chose.

UNE SOCIÉTÉ NE DOIT PAS CHANGER SON CONSEIL D'ADMINISTRATION SANS RAISON GRAVE. — Toutes les fois qu'un conseil d'administration est irréprochable, qu'il n'y a pas de cause de révocation, l'intérêt social commande de le garder.

II.— Inconvénients pour la collectivité

Nuisible à la société, l'instabilité des administrateurs a de fâcheuses répercussions sur le pays tout entier (1).

Le corps social a des besoins permanents, les entreprises sont des services privés destinés à les satisfaire, comme les services publics elles ont besoin de continuité. Il faut que la gestion dure pour que son intérêt coïncide avec celui de la fonction qui est durable.

Assurés d'une juste stabilité, les administrateurs cherchent à s'assurer la faveur du public en servant, sachant bien que la clientèle récompensera leurs services par sa fidélité.

Au contraire, si les administrateurs sont incertains du lendemain, ils seront tentés de piller le public. Peu leur importe la clientèle de leurs successeurs : ils veulent des bénéfices immédiats, les seuls qui leur soient assurés. Ils sacrifieront la qualité au prix de revient, et vendent cher des produits inférieurs. Leur intérêt personnel s'oppose à celui du public, du corps social.

Même disposée à se conformer à l'intérêt du corps social, la gestion ne parviendra à le bien servir que si elle est con-

(1) « Le Pour et le Contre », 8 mai 1927. Le projet de loi sur les actions spéciales déposé à la section lyonnaise de la société de Législation comparée 30 juin 1930.

tinue, si les administrateurs sont stables. L'irrégularité de fonctionnement d'une entreprise est très préjudiciable au public.

On citait le cas d'une petite ligne d'intérêt local périodiquement en faillite et en réorganisation. Il était presque impossible de se fier à l'horaire et d'utiliser ses services. Ceci n'est pas vrai seulement des lignes de chemin de fer mais de presque toutes les entreprises, elles doivent fonctionner régulièrement ou sont presque inutilisables pour la collectivité.

La stabilité des administrateurs n'est pas moins nécessaire au bien de la société anonyme qu'à celui des consommateurs et du pays tout entier (1).

(1) Exposé des motifs de l'avant projet de la loi luxembourgeoise sur les sociétés, par la chambre de commerce de Luxembourg. Doc. parl. session ordinaire de 1928-29, n° 221. Revue des Sociétés. Juin 1931, p. 228. « La politique des grands organismes de la vie industrielle doit être faite d'esprit de suite, de tradition, de continuité, de méthode, évitant dans la mesure du possible, les soubresauts et les à coups dont les effets se répercuteraient de la façon la plus fâcheuse sur les intérêts qui gravitent dans l'orbite des sociétés ».

CHAPITRE XV

Atteinte à l'indépendance institutionnelle

I —. Le danger de mainmise.

La révocabilité souveraine est non seulement nuisible au bon fonctionnement de l'institution, elle est un danger pour son existence même. Nous voulons parler du danger de mainmise (1). La direction étant incorporée aux actions, quiconque achète la majorité met la main sur la société. En effet il peut révoquer les administrateurs, non seulement suivant l'intérêt social, mais aussi contre l'intérêt social, suivant son intérêt particulier. Les administrateurs ne sont plus que les délégués de la majorité, des personnes interposées derrière lesquelles elle dirige. La majorité pourra les contraindre à ruiner la société. Si les administrateurs essaient de s'y refuser — alléguant que ce serait commettre une fraude, abuser de leur fonction, le propriétaire de la majorité leur répondra par ce dilemme « soumission ou révocation ». Cela on ne l'écrira pas, on ne le dira même pas, on insinuera seulement aux administrateurs « qu'ils ont l'esprit étroit et routinier, que d'autres à leur place auraient des vues plus larges ».

(1) En 1867, la société vivait dans un milieu « atomisé » par le libéralisme, elle n'avait en face d'elle que des individus. Aujourd'hui, le milieu économique s'est, si l'on peut ainsi parler, « institutionnalisé » ; des organismes, des groupes se sont formés avec lesquels la société doit compter. La pratique des Holdings, des participations s'est développée, voir plus haut, p. 12 et M. Tchernoff, les syndicats financiers, p. 13 à 17. Voir dans le même sens, M. Darcy. « Pour la liberté des sociétés et la défense de l'épargne » « Revue politique et parlementaire » de mai 1930, p. 246.

Si les administrateurs s'y refusent, on en nommera d'autres plus dociles, la révocabilité souveraine : c'est le chantage organisé.

A travers les administrateurs, la majorité dirige suivant son bon plaisir, suivant son intérêt propre.

La société a cessé d'être une institution, l'intérêt social est dépouillé des voies et moyens destinés à sa réalisation. Il n'y a plus de volonté (1), d'autorité indépendante à son service. A Rome, lorsqu'un homme perdait toute indépendance en devenant esclave, il cessait d'être une personne. De même la société par l'aliénation de sa majorité perd toute vie propre. Il ne reste plus qu'un patrimoine livré à une autorité étrangère.

II. — Des diverses variétés du danger de mainmise

Presque inexistant en 1867, le danger de mainmise est devenu une menace grave pour les sociétés au XX^e siècle. La société n'avait naguère en face d'elle que des individus, aujourd'hui elle doit compter, avec des organismes, holdings, syndicats financiers, groupes de sociétés liées par des prises de participation (2), etc...

Par suite de la démocratisation de l'épargne (3) les assemblées ont été désertées par les véritables associés, et cependant elles ont dû rester ouvertes (4) à toutes les intrusions. Dans la société anonyme la direction est constam-

(1) Plus haut, p. 39 et suivantes.

(2) Revue des sociétés, p. 223, juin 1931, citant exposé des motifs de l'avant projet de loi sur les sociétés rédigé par la Chambre de Commerce du Luxembourg en 1928. « La société anonyme n'est plus ce qu'elle était autrefois. Tandis qu'à l'origine le capital d'une société Anonyme était réparti entre un nombre relativement restreint d'actionnaires, les besoins grandissants de capitaux ont amené les Sociétés Commerciales à faire appel au grand public de sorte qu'aujourd'hui, les actions des grandes sociétés se trouvent disséminées entre d'innombrables mains ».

(Bulletin sur la loi luxembourgeoise du 22 juin 1930 sur les Sociétés). Cf. doc. parlementaire, session ordinaire de 1928-29, n° 221.

(3) Cf. plus haut, p. 11.

(4) Nous avons vu plus haut, que l'accès de la société anonyme doit rester librement ouvert. Cf. p. 84 et suivantes, parce que la circulation des titres doit rester libre.

ment à vendre. Qui l'achètera ? Quels sont les dangers de cet état de choses ?

a) MAIN-MISE PAR UN SYNDICAT DE VALORISATION. — Supposons tout d'abord que la majorité a été achetée par un syndicat de valorisation, un groupe qui veut réaliser un bénéfice en gonflant le cours des titres, en les réalisant au prix fort. La réussite de l'opération a pour condition la révocabilité arbitraire des administrations.

Si les administrateurs pouvaient résister à la majorité celle-ci pourrait bien exiger la distribution des bénéfices annuels, arrêter la constitution des réserves, mais elle ne pourrait empêcher la politique de sages amortissements qui sauvegardent l'avenir de la société. Cette dernière cesserait de se développer mais son existence ne serait pas menacée. C'est de la révocabilité arbitraire du droit de direction de l'action que vient le danger.

Dans une première hypothèse, le syndicat obtiendra, par la menace de révocation, la docilité des anciens administrateurs, et il fera sous leur couvert tout ce qu'il voudra.

Dans une seconde hypothèse plus fréquente, les spéculateurs révoquent les anciens administrateurs pour s'attribuer les places, agir plus à leur aise et toucher les tantièmes.

Nous laissons la parole à M. Germain Martin (1).

« Les financiers après leur victoire ne procéderont plus
« à de larges amortissements. Les réserves constituées feront
« l'objet d'avantages accordés aux actions afin d'entraîner
« une hausse rapide des titres après l'annonce de l'augmen-
« tation des dividendes. En deux ou trois ans, une politique
« financière habile mais négligeant complètement l'avenir
« économique aura préparé le sabotage d'une entreprise
« sur laquelle on fondait auparavant les plus sérieuses es-
« pérances. Non seulement les intérêts des capitalistes seront

(1) M. Germain Martin, *Revue financière du Journal des Débats*, 1^{er} oct. 1928.

« compromis mais aussi ceux de la masse ouvrière, menacés
« par le déclin d'usines, de chantiers, d'entreprises minières,
« dont les facultés progressives auront été systématique-
« ment ralenties ».

Le syndicat a vendu ses titres au plus haut ; les cours commencent à se dégonfler, les administrateurs agioteurs s'en vont laissant la place à qui veut bien la prendre. Elle n'est pas attrayante ! une longue période s'ouvre où l'on ne récoltera guère que des difficultés, avec, au bout, si la situation redevient bonne, la perspective d'être renversé par un nouveau syndicat.

L'actionnaire qui a acheté son titre très cher au moment où le syndicat dénouait son opération trouve alors fort médiocre le rendement de son action. Il en conçoit un vif mécontentement, il n'attribue pas toujours les causes de sa déception à ceux qui en sont les vrais responsables.

Quant aux anciens actionnaires qui ont conservé leurs titres, eux non plus n'auront pas à se féliciter de l'opération. La hausse momentanée de leurs actions n'a guère eu d'autre résultat que d'augmenter le montant de l'impôt à acquitter pour leurs coupons, puisqu'une partie de cet impôt est proportionnel au cours moyen de l'année précédente. Enfin et surtout la baisse sera plus accentuée que ne l'avait été la hausse car la société, si elle ne tombe pas en faillite va végéter pendant des années.

En somme l'opération apparaît détestable pour les administrateurs et les actionnaires, pour l'économie nationale, pour tout le monde, excepté pour le groupe financier. Celui-ci réussit à réaliser un bénéfice immoral, au prix d'une désorganisation longue et coûteuse pour la société choisie comme victime (1).

Un exemple récent illustre d'une façon éclatante le danger des prises de majorité par un groupe financier poursuivant

(1) M. A. Massonaud, op. cit., p. 105.

des fins personnelles, c'est celui de la société des Wagons-Lits (1).

L'ancien président, lord Dalziel, et son groupe, s'étant emparé de la direction de cette société aux assemblées de Septembre et novembre 1925, l'avait gérée pendant des années dans des conditions très particulières qui ont provoqué des explications orageuses au cours de l'assemblée ordinaire tenue à Bruxelles le 7 juin 1929.

Le nouveau président, tout en défendant la gestion de lord Dalziel ajouta textuellement ; « l'ère de distributions de gros dividendes est passée, l'ère des gros amortissements est arrivé ». De fait le dividende a été ramené de 75 à 20 francs belges tandis qu'au contraire les amortissements passaient de 17 à 60 millions. Enfin en 1930, les amortissements sont portés à 99 millions de francs belges, le dividende des actions ordinaires est supprimé, seules les actions privilégiées reçoivent leur dividende cumulatif. L'action ordinaire qui valut à Paris en 1928 plus de 1.300, valut moins de 120 francs en 1931 (2).

b) MAINMISE PAR LES CLIENTS ET LES FOURNISSEURS. ABUS DES CONTRATS D'ACHAT ET DE VENTE. — L'exemple des wagons-lits nous conduit à parler d'une autre forme du danger de mainmise (3), de la mainmise par les fournisseurs ou clients qui veulent imposer à la société des contrats léonins de vente ou d'achat.

Empruntons un exemple à M. René David :

« En Silésie allemande, à Gottesberg, la société anonyme « des charbonnages silésiens ; jusqu'en 1899 cette société

(1) M. Louis Marlio, « Les actions à vote plural », Revue politique et parlementaire, 10 juin 1929.

(2) Le capital a dû être augmenté de 230 à 460 millions de francs belges ; les actions nouvelles furent émises au taux de 115 francs belges.

(3) Cf., M. L. Marlio, « Les actions à vote plural », Revue politique et parlementaire, 10 juin 1929, et M. Picard, « Les actions à vote privilégié au point de vue économique », Revue d'Economie politique, septembre, octobre 1930. Il semble d'ailleurs que si le groupe Dalziel a fait attribuer des commandes de matériel à des sociétés anglaises, il n'a pas passé de contrats léonins.

» est en pleine prospérité ; mais à ce moment la majorité
« des voix est acquise à son assemblée générale par une
« société métallurgique de Prague. En vertu d'un contrat
« léonin immédiatement passé par les administrateurs nou-
« veaux et aussitôt approuvé par la majorité nouvelle, la
« société des charbonnages silésiens s'engage à livrer à un
« prix arbitraire, inférieur à son prix de revient la totalité
« de sa production de houille ; le bénéficiaire de ce contrat
« est la société métallurgique de Prague. La société ano-
« nyme de Silésie ne tarde pas à péricliter, mais à la baisse
« des actions, la majorité trouva une large compensation
« dans la prospérité nouvelle que connaît la société de Pra-
« gue, elle récupère et au-delà, la perte qu'elle éprouve. » (1)

Il suffit au client de nommer comme administrateurs apparents des insolvable, pour priver la minorité de tout recours utile (2).

Qu'est-ce qu'une condamnation à des dommages et intérêts contre un insolvable ? Pour pouvoir poursuivre le client, il faudrait démontrer l'accord frauduleux, s'il a eu quelque prudence ce sera presque impossible.

Par le moyen de la révocabilité « ad nutum » quiconque met la main sur une société peut en quelques années s'en approprier l'actif sans que les actionnaires aient pratiquement aucun moyen de recours.

c) MAINMISE PAR UN EMPRUNTEUR. ABUS DES CRÉDITS.

— La mainmise peut-être réalisé par un emprunteur, elle crée alors le danger d'abus des crédits, particulièrement grave dans le commerce de la Banque.

Une ancienne banque a mérité par sa situation et par tout un passé d'honnêteté la confiance de l'épargne. Un spécu-

(1) Cf., M. René David, « La protection des minorités dans les sociétés par actions », p. 62.

(2) Rappelons que notre droit admet la validité des contrats léonins en matière mobilière. Selon notre droit actuel, l'action de la minorité sera d'ailleurs arrêtée par le quitus donné aux administrateurs par la majorité. C'est pour éviter de tels scandales qu'on proposera plus loin la suppression du quitus du dol et de la faute lourde, la restriction de ses effets à la faute légère.

lateur acquiert la majorité à l'assemblée, les initiés le savent, le grand public l'ignore, le conseil d'administration est toujours le même, rien n'est changé dans la façade. Mais voici que les administrateurs vont être obligés de prêter à ce spéculateur des sommes énormes. S'ils essaient de s'y refuser, disant à l'emprunteur qu'il est insolvable, leur maître leur répondra par cet argument solide ; signez messieurs ou je vous révoque. Si d'aventure ils s'y refusent on nomme de nouveaux administrateurs plus dociles. Cette révolution de palais échappera également au grand public.

L'affaire de la banque Adam nous donne un exemple caractéristique du danger de mainmise en matière bancaire. Mais laissons la parole au journal « Le Pour et le Contre » (1)

« Il y a d'abord la question de la banque Adam et probablement d'un certain nombre d'établissements bancaires provinciaux. Il paraît inadmissible, en effet qu'un spéculateur puisse mettre la main aussi facilement que l'a fait M. Oustric sur une banque de dépôts, qu'il puisse user des guichets de cette banque pour soutenir sa politique de bourse et qu'enfin il puisse emprunter à cet établissement plus que la valeur du capital social. Bien plus on sait que le groupe Oustric a eu des visées plus considérables et qu'il avait jeté son dévolu sur un des plus grands et le plus ancien de nos établissements de crédit. Il eut même la majorité des voix dans une assemblée générale, et si des dispositions statutaires extrêmement prévoyantes n'avaient pas rendu trop onéreuses l'utilisation de cette majorité, les incidents actuels seraient probablement de véritables catastrophes.

« Ceci revient à dire que les traditions de gestion et la réputation de certaines affaires constituent un véritable capital national et que l'ordre public est intéressé à leur conservation et à leur défense.

« A ce sujet nous ne pouvons que rappeler ce que nous

(1) 30 novembre 1930.

« avons déjà dit sur la question des conseils d'administration ;
« la conception juridique du mandat révocable « *adnutum* »,
« justifiée lorsqu'ils s'agit d'un mandat confié par un individu
« à un autre (1) ne peut pas s'appliquer lorsqu'il s'agit d'un
« mandat décerné par une collectivité.

« On ne peut pas déclarer identique la décision que prend
« un individu responsable entièrement et pour lui seul, et la
« décision prise à la majorité des voix par une assemblée qui
« ne contient souvent même pas à beaucoup près, tous les
« ayants droits.

« Cette conception dans la nature du mandat d'adminis-
« tration constitue une lacune de notre législation sur les
« sociétés dont l'affaire de la banque Adam, après bien d'autres,
« montre les dangers réels.

« Nous avons toujours été d'avis dans le « Pour et le
« Contre » que la création des actions à vote plural fournit
« une mauvaise solution du problème ; mais il nous paraît
« encore plus déplorable qu'un conseil d'administration
« honnête et consciencieux soit légalement impuissant contre
« les groupes financiers, qui peuvent avoir un intérêt con-
« sidérable à s'assurer le contrôle d'une affaire pour exploiter
« son passé matériel ou moral contre l'intérêt réel de ceux
« qui font confiance à ce passé ».

d) MAINMISE PAR UN CONCURRENT. — La révocabilité
souveraine peut avoir des conséquences encore plus carac-
téristiques ; le pouvoir exercé contre l'intérêt social.

La société peut se trouver dirigée par son concurrent ;
il suffit que celui-ci achète la majorité des actions ; il nomme
de nouveaux administrateurs, ses créatures, ceux-ci ser-
viront leur maître contre l'intérêt social. On laissera la so-
ciété savamment dépérir, les clients iront au concurrent qui
rachètera le fonds à bas prix après faillite. Parfois même

(1) Rappelons que la révocation abusive donne lieu à des dommages et intérêts, et qu'il est loisible en ce cas, de stipuler l'irrévocabilité absolue, ou l'irrévocabilité sans juste cause.

il ne sera pas besoin de changer les administrateurs, la menace de révocation suffira pour assurer leur complaisance et leur négligence.

Les fraudes réalisées de cette façon ne sont peut-être pas rares, mais assez difficiles à démontrer (1). M. René David (2) donne l'exemple suivant :

« C'est encore Aux Etats-Unis, Pierpont Morgan qui « réussit à acquérir la majorité à l'assemblée générale des « actionnaires d'une compagnie de navigation la « Leyland « Co ». Il y fait aussitôt décider dans l'intérêt du trust dont « il est par ailleurs le maître, que cessera pour l'avenir « l'exploitation de toutes les lignes véritablement fructueu- « ses de cette compagnie ».

La mainmise équivaut à une absorption, à une fusion virtuelle. Elle prive le fisc de perceptions appréciables, et fait courir de grands dangers à la minorité.

Lorsqu'il y a fusion normale, chaque actionnaire des anciennes sociétés reçoit en échange des actions anciennes, des titres de la nouvelle société.

Les modifications apportées aux anciens patrimoines fondus en un seul ne lui font courir aucun risque. Supposons que deux fabriques concurrentes fusionnent. On pourra fermer l'une des deux usines pour développer l'autre, personne ne sera lésé.

Au contraire si l'un des concurrents met la main sur l'autre société en acquérant sa majorité, il la laissera savamment périlcliter jusqu'à ce qu'elle soit contrainte à fermer. Le concurrent gardera pour lui tout le bénéfice de cette fusion irrégulière et la minorité sera frustrée.

(1) D'autant plus que la majorité qui force les administrateurs à commettre la fraude, leur donne ensuite quitus. Si l'on admettait que le quitus ne couvre pas la faute lourde, on pourrait agir en justice, mais dans l'état actuel de notre droit, c'est pratiquement impossible.

(2) Op. cit., p. 62.

e) MAINMISE ÉTRANGÈRE. — La mainmise qui a soulevé les plus vives critiques est celle qui est réalisée par des étrangers. Il faut que nous soyons maîtres chez nous (1) ; tous les français en tomberont d'accord.

Un groupe étranger achète la majorité des actions et devient maître d'une affaire française. Il la dirigera soit qu'il nomme de nouveaux administrateurs, soit que par la menace de révocation il s'assure la docilité des anciens.

Par l'intermédiaire des administrateurs, l'étranger dominera tout un personnel, parfois toute une branche de la production française. Cette domination étrangère devient particulièrement inquiétante, lorsqu'elle porte sur une production d'intérêt général, sur une activité vitale du pays (2).

Sur le plan national, la mainmise par un pays étranger est comparable à la mainmise par une entreprise concurrente étudiée plus haut, elle produit d'ailleurs parfois les mêmes effets (3).

Le danger de mainmise ne menace pas seulement la France, mais aussi les colonies, ses collaboratrices.

La civilisation de nos colonies s'est faite au prix du sang français ; le développement de leur vie publique s'est réalisé pour une bonne part à l'aide du budget français, leur développement économique aura coûté beaucoup de capitaux français, dépensés en essais infructueux. Enfin, il a été réalisé par le travail et l'énergie des colons français.

Au moment où tant d'efforts vont porter leurs fruits, au moment où nos colonies vont nous rendre ce que nous avons fait pour elles, vont-elles être arrachées de la communauté française par la force de l'argent ? Suffira-t-il qu'une puis-

(1) Ceci n'exclut nulle collaboration et ne tend nullement à poser la nation comme un absolu.

(2) Telle que : industrie chimique ou hydroélectrique ; voir les discours de M. Tissier au Sénat, J. Of. 18 octobre 1931. « Débats parlementaires, Sénat, n° 97 ; la Société « Alais, Froges et Camargue, serait notamment menacée de mainmise étrangère. Si l'on supprimait ses actions à vote plural sans lui donner un moyen de défense équivalent.

(3) Voir le discours de M. Tissier au Sénat, 20 Nov. 1931, Journal officiel, 21 novembre 1931. Débats parlementaires, Sénat, n° 99.

sance d'outre atlantique achète la majorité dans nos affaires coloniales lorsqu'elles arrivent à prospérité pour dominer colons et indigènes ?

Cette mainmise devient encore plus choquante lorsqu'il s'agit d'entreprises concédées par l'administration, véritables services publics rejetés dans le droit privé.

On peut citer l'exemple de la « Financière des Caoutchoucs » qui s'est assuré le contrôle de sept ou huit sociétés coloniales françaises dont le « Cambodge » et les « Terres-Rouges ». Sans doute la « Financière des Caoutchoucs » est une société belge, c'est-à-dire amie, où des intérêts français ne sont pas sans une grosse influence, mais qui empêchera que son exemple ne soit suivi par d'autres.

Le danger de mainmise étrangère fut particulièrement grave en Allemagne et en France métropolitaine au moment de l'inflation. Par suite de la baisse de notre monnaie, les pays à change avantageux pouvaient acheter la maîtrise de nos plus belles industries à des prix dérisoires.

Actuellement, la parité s'est à peu près rétablie entre les prix extérieurs et les prix intérieurs ; le danger a diminué, mais tant s'en faut qu'il ait disparu.

M. Tissier, dans son discours du 20 novembre, au Sénat (1), signalait les faits suivants : « Des Sociétés, directement ou « indirectement italiennes, mettent tous les jours la main sur « nos forces hydrauliques des Alpes et font aussitôt monter le « prix du kilo-watt afin d'accroître le prix de revient des « fabrications sur notre propre marché, pendant qu'elles « les baissent en Italie. Des Sociétés d'origine allemande « s'efforcent de réaliser la même action sur les forces hydro- « électriques des Pyrénées. »

La presse a cité le cas typique et actuel des manœuvres d'accaparement dirigées contre l'industrie française des corps gras par les puissantes Sociétés « Margarine Unic » hollan-

(1) Débats parlementaires, Sénat, n° 99, année 1931, 21 novembre.

daise et « Lever Bross » anglaise fusionnée. 80 % de notre industrie de la margarine, 25 % de la savonnerie et une part déjà appréciable de la savonnerie seraient déjà passées sous le contrôle des deux firmes étrangères. (1).

En Angleterre le conseil d'administration de la « Général Electric Compagnie » s'aperçut le 13 mars 1927 que le 60 % du capital appartenait à des Américains. La même année, le président de la « Marconi International Marine Communication Co » signalait que 40 % des actions venaient de passer aux mains d'Américains (2).

Pour apprécier la capacité de mainmise des Etats-Unis d'Amérique, il suffit de se rappeler qu'en 1927, la seule « Général Motors » réalisa un bénéfice de cinq milliards de francs (3).

Pourront-ils s'asservir l'Europe ?

(1) Rapport Dauthy au Sénat, 17 décembre 1930, « Journée industrielle », 3 juin 1930, cf. M. Picard, *Revue d'économie politique*, sept., oct. 1930.

(2) M. Massonau, *op. cit.*, p. 99, lire aussi M. Jean Bonnefon, Craponne « la pénétration économique et financière des capitaux américains en Europe ». Paris 1930.

(3) M. Darcy, « Pour la liberté des sociétés et la protection de l'épargne ». *Revue politique et parlementaire*, 1930, p. 252.

CHAPITRE XVI

Danger de concentration

On vient d'étudier les dangers que crée la révocabilité souveraine dans les rapports des diverses institutions entre elles, sociétés ou économies nationales.

Nous allons voir maintenant qu'elle favorise la destruction générale de ces institutions par la concentration.

QU'EST-CE QUE LA CONCENTRATION ? — C'est la substitution d'une grande entreprise unique à une série de petites qui disparaissent complètement absorbées.

La concentration, c'est la centralisation économique (1).

La notion de mandat, de délégation de pouvoir est par excellence l'instrument juridique de toute centralisation. Elle fait reposer dans l'individu ou la plus grande collectivité les pouvoirs intermédiaires qu'il est impossible de supprimer en fait.

La révocabilité souveraine facilite particulièrement la formation des grands trusts nationaux et internationaux qui exercent sur la production un pouvoir dictatorial.

En effet la concentration par fusion complète demande le consentement mutuel de l'entreprise absorbée — et du trust absorbant. Le pouvoir de direction des actions permet au trust d'imposer l'absorption par sa seule volonté, à l'entreprise absorbée, sans que celle-ci puisse s'y opposer. Il suffira de réaliser une mainmise par prise de majorité.

(1) E. Martin, St Léon. Cartels et trusts. 2^e édition, p. 109. C'est la mainmise généralisée.

C'est ainsi que la « Royal Dutch » a mis la main sur la « Venezuela Oil Corporation » de 1924 à 1926 elle a acheté la majorité des actions et changé les administrateurs. La production de pétrole de la « Vénézuéla Oil Corporation », représente à peu près $\frac{1}{4}$ de la production totale du « Trust Royal Dutch (1).

Par son développement logique le principe de la direction par le capital va se détruire lui-même. Ce système des holdings emboîtés (2) va nous en apporter la contradiction. Soit une société au capital de 64 millions. On confie la majorité soit 32 millions à une Holding N° 1.

Il suffira d'avoir la majorité dans la Holding N° 1, soit $\frac{32}{2}$ millions = 16 millions pour contrôler la société primitive soit 64 millions.

Une superposition de 6 Holdings permettra de diriger les 64 millions de l'affaire primitive avec un seul million. Nous avons supposé que les holdings ne faisaient aucun emprunt. S'ils émettent des obligations ou obtiennent des crédits en banque, il suffira d'une somme plus faible encore placée en capital actions pour diriger l'actif global, soit par exemple un portefeuille de 32 millions. La Holding en emprunte 16, elle a un capital-actions de 16 millions.

Il suffira d'avoir la majorité de ce capital soit 8 millions pour contrôler les 32 millions d'actif.

A chaque étage de Holding la somme de direction est réduite d'un quart. Au moyen d'un emboîtement de six Holdings qui n'a rien d'impossible, un million pourra diriger 4.096 millions. Il ne faut pas sans doute prendre ces chiffres dans leur valeur arithmétique, ils montrent seulement qu'avec une somme très minime on pourra diriger un capital énorme, précisément grâce à ce fameux principe de la direction par les actions.

(1) Voir M. Darcy. Revue politique et parlementaire, mai 1930, p. 264. Selon M. Darcy, la Royal Dutch aurait abusé de la mainmise, pour imposer à la V. O. C. des contrats de transports fort onéreux. Nouvel exemple du danger des contrats signalé plus haut.

(2) Cf. M. Tchernoff : « Les Syndicats financiers », p. 64 et 65. Sirey 1930. Feu Lowenstein usait, dit-on, de ce système.

Le pouvoir dictatorial des actions reposera désormais sur la tête d'un seul homme.

Sans doute les anciennes entreprises emboîtées dans les Holdings subsistent bien encore en apparence, mais la réalité est toute différente, lorsque le trust s'est assuré la majorité il a réalisé la fusion virtuelle (1), les administrateurs ne sont plus que les mandataires du trust. Le trust les révoque « *ad nutum* » comme des préfets, il en est le maître absolu.

Naguère dans chaque petite entreprise s'élevait un pouvoir souverain, désormais un seul pouvoir souverain s'étend sur ces entreprises. Le trust a réalisé cette centralisation économique, la concentration.

I. — Le fédéralisme et la concentration au point de vue chrematistique

Une opinion assez répandue est favorable à la concentration (2) comme nous le verrons plus loin, il semble cependant qu'elle soit erronée. Sans doute la concentration apporte avec elle un bienfait : l'ordre.

AVANTAGE DE LA CONCENTRATION : L'ORGANISATION. — « Laissez faire, laissez passer, la très bonne nature rétablira l'ordre, nous dit-on depuis quelque 150 ans. » Nous avons malheureusement constaté que cet ordre ressemble souvent à un désordre. Le libéralisme surexcite les énergies mais il les gaspille dans l'anarchie. Des sacs de café détruits sont venus symboliser ce gaspillage. Désordre sans doute mais désordre moins grand qu'un abaissement excessif des prix.

L'abaissement des prix au-dessous d'un certain mini-

(1) E. Martin. St Léon « Cartels et Trusts », 2^e édition, p. 107 et 108. Cf. M. Georges Renard « Essai d'ontologie juridique », p. 310 et suivantes. Si l'autorité est un élément essentiel de l'institution, l'entreprise qui subit une mainmise a cessé d'en être une, voir plus haut, p. 39.

(2) Rapport Dauthy et M. Picard, « La défense des actionnaires », Revue politique et parlementaire, p. 194, 10 mai 1931.

C'est pour la réfuter, que nous nous étendons aussi longtemps sur la question.

mum (1) eût entraîné la destruction du capital de toute une production, le chômage et la famine de toute une corporation.

Il y a un ordre rationnel meilleur que « l'ordre naturel » (Si l'on peut appeler ordre la série de catastrophes engendrées par le jeu mécanique de la libre concurrence, témoin la crise actuelle après bien d'autres).

Division du travail, gaspillages évités, prix de revient diminués (2), stabilité de la situation de la main-d'œuvre, amélioration des salaires, stabilité des prix (3), tels sont quelques-uns des avantages de l'organisation (4).

DÉFAUT DE LA CONCENTRATION : ORGANISATION DÉFECTUEUSE. — L'organisation est bonne mais la concentration est un moyen détestable d'y parvenir. Ce mode d'organisation étouffe l'initiative individuelle. Il faut organiser les énergies pour en éviter le gaspillage, mais encore faut-il les organiser sans les détruire. — La concentration étouffe les énergies, l'organisation qu'elle donne est celle des grandes administrations centralisées.

La concentration c'est la disparition de l'intérêt et de l'initiative individuelle. Si quelque activité demeure, elle est enfermée dans des règles étroites plus ou moins nécessaires à la solidité de cet énorme tout.

La concentration c'est encore la disparition de la responsabilité (5), le public n'a plus devant lui qu'un bureau anonyme et tout puissant.

(1) Ce prix minimum au-dessous duquel on ne saurait descendre sans catastrophe économique et sociale ne ressemble-t-il pas singulièrement au juste prix minimum des canonistes.

(2) Chiati, *op. cit.*, p. 118. En 1929, les ampoules électriques étaient vendues en Allemagne à l'indice 70/100 alors que l'indice général des prix était de 140/100 avant la guerre.

(3) L'International Nickel of Canada, qui contrôle 80/100 de la production mondiale a réussi à maintenir la stabilité du prix du nickel, malgré une réduction de 25/100 dans la demande.

(4) Cf. Chiati. Les ententes industrielles internationales 1929, p. 117 et suivantes.

(5) C'est là un défaut particulièrement accentué chez les Holdings trusts par le camouflage de l'autorité résultant de la révocabilité « ad nutum ». Cf. Dès 1897, M. Guermes le signalait : « Annales des sciences politiques », p. 489. Cf. E. Martin, Saint Léon, p. 106, *op. cit.*

Une grande part des forces de l'organisme est absorbée en contrôle ou en relations internes de bureau à bureau.

Pendant les premières années du trust ces défauts se feront sentir avec moins d'intensité.

De l'ancienne indépendance il subsistera certaines méthodes de gestion. Les administrateurs gèreront désormais pour le compte du trust et sous son étroite dépendance, mais ils conserveront en apparence les mêmes pouvoirs que dans le passé (1).

Peu à peu les latitudes laissées aux administrateurs vont être restreintes, les contrôles vont se multiplier. Les formalités vont se compliquer par la force interne de son évolution, le trust va se rapprocher de nos vieilles administrations.

L'internationalisme sociologiste et le libéralisme individualiste sont deux monismes opposés mais semblables, ils méconnaissent pareillement la hiérarchie des fins et le principe de spécialité. De même la petite entreprise et le grand trust. L'une assume dans sa petite sphère de multiples fonctions techniques, financières, commerciales, l'autre remplit ces mêmes fonctions dans l'ensemble de la corporation.

Pratiquement la petite entreprise ne connaît guère que la fonction technique particulière, elle méconnaît par contre l'adaptation de la production à la consommation. De là naissent les crises périodiques si redoutables.

La grande entreprise, au contraire, remplit la fonction générale, organisation du marché, mais ses arrières bureaux remplissent plus ou moins mal la fonction technique particulière. Sans doute elle a des organes plus différenciés mais presque inertes.

La lourdeur administrative est un défaut déjà très visible dans plusieurs de nos grandes entreprises françaises, notamment chez certaines grandes banques (2).

(1) Le préfet, agent local de l'administration centrale, garde des attributions étendues, c'est ce qu'on appelle quelquefois en style administratif, non pas décentralisation, mais déconcentration.

(2) Dans un gros bourg du Rhône, un de nos grands établissements de crédit avait ouvert une agence permanente. Celle-ci ne donna sans doute pas des résultats suffisants, puisque cet établissement de crédit la ferma au bout de

Au simple point de vue chrématistique l'organisation par concentration n'est souvent pas moins mauvaise que l'anarchie des petites entreprises individuelles.

SUPÉRIORITÉ DE L'ORGANISATION PAR FÉDÉRATION. — N'est-il pas possible de réunir les avantages de ces deux formes d'économies : activité, ordre, sans leurs défauts, anarchie ou inertie, c'est ce que réalisera le fédéralisme économique.

A la concentration on opposera l'organisation par fédération, c'est ce qu'a fait l'Etat. Sa gestion économique présentait autrefois un des exemples les plus caractéristiques de concentration. L'administration française elle-même en a vu les défauts et la supériorité du fédéralisme économique. Elle a éprouvé le besoin de décentraliser, d'industrialiser comme on dit aujourd'hui.

Par ailleurs la concentration menaçante impose aux petites entreprises ce dilemme : se fédérer ou disparaître (1).

Les petites entreprises doivent s'organiser, en un mot rechercher l'ordre.

Cet ordre est un bien commun aux entreprises. La recherche de ce bien suppose une collaboration qui vient limiter le

quelques temps. Le directeur de l'agence s'établit alors banquier en son nom. Patron, il réussit brillamment là où employé il avait échoué. Il avait alors des moyens et un rayon d'activité bien moindres, mais son activité était libre de toute entrave administrative. Il semble d'ailleurs que ces entraves résultent en partie au moins, de la nature des choses. Un grand établissement de crédit ne peut guère laisser ses directeurs de succursales disposer des deniers de la société comme un banquier particulier dispose de ses deniers propres, ce serait courir à d'extraordinaires aventures.

De fait, les grands établissements de crédit, malgré leurs avantages multiples, succursales, etc., n'ont pas tant s'en faut éliminé les petites banques.

Si nous recherchons dans l'histoire de nos grandes compagnies de commerce et de colonisation, types d'organisation concentrée, nous voyons des faits analogues : F. Bonassieux, « Grandes Compagnies de Commerce, » p. 261-274-75.

La Compagnie des Indes, par exemple, faisait à la fin du XVII^e siècle, d'assez mauvaises affaires, malgré les primes qu'elle recevait de l'Etat. Au même moment, des entreprises privées qui recevaient de la compagnie des licences d'importation, exportation, réalisaient des bénéfices et cela malgré des redevances assez élevées payées à la compagnie.

Les compagnies qui ont distribué le plus largement des licences ou « permission » sont celles qui ont le mieux réussi. Bonassieux, op. cit., p. 498.

(1) C'est ainsi, par exemple, que pour résister aux attaques de la « Compagnie des lampes », 22 maisons françaises de moindre importance ont formé « l'Union des fabricants de lampes électriques françaises ».

domaine de la concurrence (1) et de l'autonomie individuelle par le cadre d'une règle collective.

Tel est l'aspect du cartel : Fédération, Institution d'entreprises.

Le cartel présente en effet les caractères essentiels de l'Institution (2) collaboration à un bien commun, règle collective, dépendance limitée, indépendance relative, il n'absorbe pas ses éléments, chacun de ses organes conserve une individualité propre (3).

C'est ainsi, par exemple, qu'un cartel avec bureau central de vente, vend les produits, détermine certaines conditions de fabrication, mais le patron adhérent au cartel conserve son indépendance pour la direction et l'organisation intérieure de son usine.

A la différence du trust, le cartel (4) laisse subsister la personnalité de ses adhérents ; il n'absorbe pas toute leur indépendance, mais la limite seulement suivant un certain ordre de finalité.

Une même entreprise pourra donc s'affilier à un cartel d'achat et à un cartel de vente qui rempliront les deux fonctions commerciales qu'elle assumait elle-même auparavant. On voit dans ce cas le bureau central de vente du cartel se

(1) M. E. Martin Saint Léon, op. cit., p. 22 ; Limitation plus ou moins étroite, c'est ainsi que l'entente franco-belge-luxembourgeoise pour le prix des fontes à l'exportation se borne à réglementer les prix, laissant par ailleurs subsister la concurrence en ce qui concerne la quantité, jusqu'à nouvel ordre.

(2) Le caractère institutionnel est plus particulièrement marqué, lorsque le cartel constitue un bureau permanent : institution, organisme, mais la série des cartels n'épuise pas toutes les formes de collaboration d'institutions. Cf. Syndicats, Unions, Comités, etc... « Union des industries textiles », Comité des Forges ». Presque tous les contrats à longue durée, les marchés eux-mêmes, présentent quelque caractère institutionnel. Le contrat l'« a toutes les fois qu'il s'adresse à des collectivités, il s'absorbe dans l'institution, » Hauriou, Principes de Droit public, 2^e édition, p. 199 et suivantes. Lorsqu'une entreprise s'engage à traiter ou à vendre pendant 20 ans les matières premières fournies par une autre, ces deux entreprises deviennent comme les parties d'un organisme. Une collaboration durable se substitue à l'antagonisme du vendeur et de l'acheteur. Par la durée, le contrat glisse dans l'institution. La théorie de l'imprévision faciliterait ce mode d'organisation, si elle était admise par la loi où la jurisprudence de Droit commun à l'exemple de la jurisprudence administrative.

(3) Lucien Brocard, « Principes d'Economie nationale et internationale » p. 47, note.

(4) Cf. M. E. Martin. St Léon, « Cartels et Trusts », 2^e édition, p. 26, 27 et 28.

substituer aux services commerciaux particuliers de chacune des usines.

Le fédéralisme concentre lorsqu'il confie à un organisme supérieur l'accomplissement d'une fonction générale naguère assumée par chaque entreprise individuellement.

Si la concentration ne doit pas devenir un mode général d'organisation, elle ne saurait être condamnée absolument. Elle s'impose parfois au nom du principe de spécialité. Suppression des doubles emplois, rationalisation industrielle, production en grand (1).

Mais cette concentration ne doit pas se réaliser au moyen de la révocabilité « ad nutum » et du « Holding Trust » sous la forme « virtuelle » si dangereuse pour l'épargne. Il faut au contraire qu'elle s'opère complètement par fusion ou apport dans les formes prévues par le code de commerce, ce qu'on appelle en anglais « consolidation » (2).

Enfin la concentration sera temporaire et limitée. Elle sera limitée aux seuls services pour lesquels elle présente une utilité technique particulière.

A la différence du trust qui absorbe toutes les fonctions, le cartel n'en absorbe qu'une (dans l'exemple cité plus haut, la fonction commerciale de vente).

Par ailleurs la concentration sera souvent temporaire. Le fédéralisme réapparaîtra par décentralisation dans l'entreprise agrandie. Celle-ci différenciera ses propres organes et concèdera à chacun le maximum d'indépendance.

Toutes les fois que cela sera possible, elle confiera la gestion d'un service à une filiale, elle assurera l'exécution d'un travail par contrat d'équipe, etc... en un mot en cherchera à développer avec l'indépendance, l'intérêt individuel.

(1) Cf. Les résultats commerciaux obtenus par le Cartel européen des constructeurs de wagons. « L'Association internationale des producteurs de matériel roulant ». Les résultats industriels de Ford et de Citroën.

(2) Cf. E. Martin St Léon, op. cit., p. 104.

CARACTÈRE COMPLEXE DU FÉDÉRALISME ÉCONOMIQUE. — Le fédéralisme économique présentera généralement l'aspect d'une pyramide à plusieurs étages — d'une « institution » d'institutions.

Plus le nombre des adhésions nécessaires à la formation d'un cartel est grand, plus il est difficile à réunir, plus le cartel est difficile à former. Aussi le plus souvent les entreprises s'instituent, se fédèrent tout d'abord sur le plan régional ou national (1), elles forment des cartels régionaux ou nationaux, ceux-ci se fédèrent entre eux pour former des cartels supra-nationaux : continentaux, puis supra-continentaux, mondiaux.

Seule une institution mondiale établissant une collaboration mondiale peut assurer l'ordre du marché mondial (2), mais celui-ci est formé par les échanges de marchés continentaux, eux-mêmes composés de marchés nationaux, dont il faut assurer l'ordre particulier.

Conformément aux règles institutionnelles de différenciation et de spécialité, sur chacun de ces marchés subordonnés, l'ordre est obtenu par un organisme partiellement subordonné (cartel national ou continental).

(1) Chiati. « Les ententes industrielles internationales », p. 42. « Il faut affirmer que le cartel international suppose d'abord un cartel national ». Le cartel européen des constructeurs de wagons est constitué de groupes nationaux de producteurs.

« L'Entente internationale des tubes » fut d'abord un cartel européen constitué par des comptoirs nationaux : Allemand, Tchèque, un comptoir commun pour la France, la Belgique et la Sarre, et quelques usines. Elle devint un cartel mondial par un accord passé avec les États-Unis et l'Angleterre en 1929-30.

Cf. également l'I. R. M. A. dans laquelle les États-Unis sont entrés lors du renouvellement de 1929.

La Fédération internationale du chiffon présente aussi un exemple intéressant de cartel d'acheteurs.

Cf. aussi le « Syndicat Européen de la colle » à la fois cartel d'achat des matières premières, et de vente des produits fabriqués par l'intermédiaire d'une société.

(2) La crise actuelle résulte pour une bonne part des antagonismes nationaux. Chaque pays veut exporter plus que ses voisins. Chacun veut importer le moins possible. Plusieurs pays paraissent s'être efforcés d'obtenir ce résultat par l'élévation des droits de douane. Leur action n'a-t-elle pas été plus efficace qu'heureuse ?

Cf. Le cartel des constructeurs de wagons formé de groupements nationaux fixe les prix et contingente les exportations de chaque adhérent, les marchés nationaux sont laissés à leurs groupements respectifs. L'I. R. M. A. réglemente l'exportation mais laisse ses adhérents. (Comptoirs en France et en Allemagne contrôler eux-mêmes leur marché intérieur). De même le comptoir de « Tréfileries » réglemente les exportations laissant les marchés intérieurs au contrôle des adhérents.

Comme le trust le cartel organise, mais il l'emporte sur lui parce qu'il ne supprime pas l'indépendance et l'initiative individuelles (1).

A la concentration on préférera le fédéralisme économique.

II. — Le fédéralisme et la concentration au point de vue politique

Si la fixation des prix par les groupements de producteurs ou acheteurs a eu souvent d'heureux effets (2), elle n'a pas été sans engendrer parfois des abus (3).

Certains groupements ont abusé de leur pouvoir au détriment des autres ou des consommateurs.

Ils ont parfois poursuivi leur intérêt propre à l'encontre de l'intérêt général. Il appartient à l'Etat gardien de cet intérêt général de les contrôler (4).

Si les groupements revêtent la forme fédérale du type cartel, ils n'ont qu'une puissance relativement restreinte et sont relativement faciles à contrôler.

Au contraire si ces organismes économiques revêtent la forme centralisée du trust ils exercent sur toute une corpora-

(1) Cette supériorité essentielle n'est pas la seule, le cartel organisme fédéral jouissant donc d'une autorité limitée se prête moins aux abus économiques que le Trust, organisme centralisé, disposant d'une autorité absolue.

Les entreprises qui constituent le cartel conservent une autonomie relative, elles peuvent refuser d'obéir aux injonctions abusives. Si le cartel essaye d'élever les prix trop au dessus de la normale, ses adhérents cessent de lui obéir, ouvertement ou en secret la concurrence se rétablit, les prix tendent à redescendre. Le cartel se disloquera s'il continue sa politique de hausse excessive. Au contraire, toutes les entreprises absorbées dans Holding Trust, se trouvent dans un état de dépendance absolue.

(2) Le cartel de l'aluminium (Aluminium Association), lors de sa formation, en septembre 1926, réduisit les cours du métal de 118 L or, à 105 L ; En mai 1928, il les abaissait à 95 L, enfin en octobre 1930, il les fixa au taux de 85 L or la tonne. Le prix a subsisté depuis au milieu de l'effondrement de cours des autres métaux ou matières premières. L'abaissement lent et la fermeté des cours de l'Aluminium pendant la crise actuelle apportent un beau témoignage de l'Economie dirigée.

(3) Le cuivre qui vaut aujourd'hui environ 2.500 la tonne atteignit quelque 12.000 francs la tonne en 1929, sous le règne du cartel du cuivre. Celui-ci fut, dit-on, débordé par la spéculation. Il est permis de penser cependant qu'il réduisit les stocks de façon imprudente, ce qui facilita singulièrement les agissements de la spéculation. En un mot, son action ne paraît pas avoir été fort heureuse en cette occasion.

(4) Chiati, p. 157-8, Martin St Léon op. cit., p. 193.

tion un pouvoir dictatorial et deviennent plus puissants que l'Etat lui-même. Au lieu de les dominer celui-ci tombe sous leur joug.

Au point de vue français, le fédéralisme économique est meilleur que la concentration (1).

Le fédéralisme économique (2) s'oppose au caractère absolu attribué par la Renaissance aux idées de nation et de souveraineté mais il ne les détruit pas. La France garde sa personnalité et une indépendance (3) relative. Le cartel continental, supra national, délimitera par exemple le contingent que pourra exporter chaque nation, mais celle-ci par ailleurs demeure libre et maîtresse chez elle (4).

Tout autre est l'effet de la concentration, elle tend à instaurer le cosmopolitisme, à détruire complètement la personnalité de la France. Le monde économique prend l'aspect d'un état centralisé. La France n'est plus une province au sens médiéval du mot, mais un département, un secteur du monde, le trust le gouverne en maître absolu par les administrateurs devenus ses préfets. Or les multiples salariés d'une entreprise ne sont guère que les préposés des administrateurs, ils sont donc indirectement les préposés du trust. La mainmise étrangère mutilait la France d'un de ses organes, la concentration

(1) Ce sera du moins l'opinion de ceux qui sans méconnaître tout ce qu'il y a de commun entre tous les hommes ne sont pas partisans du cosmopolitisme individualiste.

(2) Le fédéralisme économique est par ailleurs un nouveau motif de fédéralisme politique. Pour orienter, coordonner, contrôler les organismes politiques supra-nationaux, voir en ce sens l'article de M. G. de Michelis, dans la « Revue internationale du travail », novembre 1931, volume XXIV, n° 5, Genève 1931, et M. Chiati, op. cit., p. 164.

Sur ce point, notre temps va peut-être encore réaliser une des grandes pensées médiévales. « L'idée de Fédéralisme européen au Moyen Age », qui traitera ce beau sujet de thèse ?

(3) Sur la question du fédéralisme politique. Cf. le P. Albert Valensin, p. 518 à 534. « L'indépendance des états pourrait être limitée sans être supprimée ». Traité du Droit Naturel, T. II, p. 534.

(4) Le cartel européen des constructions de wagons, comptoir d'exportation, laisse ses adhérents libres sur le marché intérieur, de même l'I. R. M. A., cartel international des rails.

Le cartel des tréfileries, compagnie internationale pour l'exportation des produits tréfilés.

« L'économie mondiale ne se constitue pas à la place, mais au-dessus de l'économie nationale » Lucien Brocard. Principes d'économie nationale et internationale. T. 1^{er}, p. 47, note.

la détruit. Inconnue il y a quelques années cette concentration virtuelle devient de plus en plus fréquente (1).

Verra-t-on un jour la dernière usine de France balayée au nom d'un trust international ?

On a dit que sans modifier la société anonyme de 1867 sans supprimer la révocabilité souveraine, on pourrait trouver d'autres moyens d'empêcher la concentration. Il faut avouer que ces moyens sont encore à découvrir — les Américains ont essayé de s'opposer à la concentration des trusts par la loi Sherman, ils ont fait d'immenses procès, employé des sanctions énergiques — et cependant ils ont pratiquement échoué (2). En admettant que l'on trouve un moyen légal d'empêcher la concentration, comment sera-t-il appliqué contre des groupements aussi puissants ?

Si l'on veut empêcher la formation de ces vastes unités économiques que l'on appelle trusts, il faut modifier la cellule du milieu économique, la société anonyme.

Si l'on maintient le droit de direction par les actions et la révocabilité souveraine, dans quelques dizaines d'années sera réalisée la pire des internationales : celle de la finance (3).

Au point de vue politique comme au point de vue chrématistique le cartel paraît meilleur que le trust. A la concentration, il faut opposer le fédéralisme économique. Les adversaires de la concentration seront ceux de la révocabilité souveraine.

(1) Une à une, les branches de la production tombent sous le pouvoir des grands trusts. Citons : Le trust de la dynamite, l'International spirit us Co, le trust européen du linoléum « Continental linoléum Union » holding trust qui absorbe 95/100^e de l'industrie allemande du linoléum, 40 millions de marks sur un total de 42.

La plus grande partie de la production mondiale du pétrole est concentrée aux mains des grands trusts, principalement des deux groupes : Shelle Royal Deutsch et Standard Oil. Cette dernière contrôle à elle seule 58/100 de la production totale (Chiati, op. cit., p. 88). La France essaye actuellement de leur arracher les pétroles de l'Irak.

(2) Voir du moins en ce sens, E. Martin St Léon, op. cit., p. 194 et Chiati, « Les Ententes industrielles internationales, p. 164 »

(3) Cf. E. Martin. St Léon. Cartels et Trusts, II^e édition, p. 191. Par ailleurs, il importe de ne pas confondre le syndicalisme avec l'internationalisme dont il porte parfois le nom. Le syndicalisme est essentiellement fédéraliste et « institutionnaliste ».

CHAPITRE XVII

Critique morale

Par les perturbations qu'elle apporte au bon ordre social la révocabilité souveraine semble mériter les censures de la morale. Le principe même de la direction par les actions échappe-t-il à la critique ?

a) PRÉÉMINENCE DU CAPITAL SUR L'HOMME. — La société anonyme est l'instrument juridique de la domination du capital. Elle est la mise en œuvre de ce principe : je commande par ce que je possède. La direction appartient aux actions, au capital. Le capital commande à l'homme, lui donne tout pouvoir, le lui retire quand il lui plaît. Les administrateurs sont les mandataires du capital qui les nomme et les révoque à volonté. A l'administration et à travers elle c'est le capital qui commande.

Normalement l'homme doit commander aux choses inanimées. C'est ce qu'il fait lorsqu'il détermine l'emploi de l'agent inerte, lui donne la fécondité en le transformant en biens de production.

La révocabilité souveraine établit au contraire la prééminence de l'argent sur l'homme, elle apparaît donc fâcheuse au point de vue moral (1).

On a objecté que les actions ont des propriétaires qui sont les hommes, ce sont ces hommes et non le capital qui votent et commandent.

(1) Voir le P. A. Valensin, *Traité de Droit Naturel*, T. II, p. 242.

Oui, mais ces actionnaires votent-ils en tant qu'hommes ? Ils auront alors une voix chacun et voteront « par têtes ».

Il n'en est pas ainsi : les actionnaires votent en tant que propriétaires du capital, en égard du nombre d'actions qu'ils possèdent, dit la loi de 1867. Ce sont les actions qui votent et non les actionnaires. La direction n'est pas donnée à l'homme en considération de la personne, « *intuitu personæ* », mais du capital, « *intuitu pecuniæ* », comme on l'a déjà vu plus haut, l'action a remplacé l'associé.

On a essayé de défendre le régime actuel en le présentant sous un autre jour ; pour défendre la révocabilité souveraine on fait appel à la théorie institutionnelle (1).

Les administrateurs ne sont pas en réalité les mandataires de la majorité, ce n'est pas en son nom que le pouvoir est exercé, la majorité a seulement désigné la personne de ceux qui l'exercent.

Sans doute, mais les administrateurs sont maintenus en fait dans un état de subordination vis-à-vis du capital par le droit de révocation souveraine. En droit, sinon toujours en fait (2), cette situation instable place les administrateurs sous la dépendance du capital.

La domination du capital ne pèse pas sur les seuls administrateurs des sociétés anonymes, à travers eux elle s'étend sur tous les subordonnés ; il n'est pas exagéré de dire qu'elle réagit dans tout le domaine économique par l'impérieuse solidarité que crée la concurrence.

Toute organisation corporative demeurera sous domination de l'argent tant que celui-ci pourra en révoquer les membres à son gré (3).

(1) On verra plus loin que celle-ci, loin d'absoudre les abus du droit de révocation, les sanctionnera non seulement par des dommages et intérêts, mais encore par la nullité.

(2) Sans doute souvent en fait la direction par les actions n'est qu'une fiction juridique entièrement opposée à la réalité, mais pour la juger il faut examiner l'hypothèse dans laquelle, elle joue.

(3) En droit, cf. loi 27 décembre 1890 et plus encore en fait le pouvoir de l'argent est aujourd'hui sensiblement limité.

Défendre le droit de contrôle des actions, c'est défendre l'épargne, défendre le droit de direction, c'est défendre la domination du capital.

b) DISPARITION DES RESPONSABILITÉS DE LA DIRECTION.

— Le patron capital est déplorable au point de vue social ; il ne connaît que des relations pécuniaires, il méconnaît le caractère personnel que doivent présenter les relations entre patrons et ouvriers, il rend plus aigus leurs conflits (1).

La société anonyme « n'a qu'un organe, sa caisse », disait naguère Laboulaye Leveillé. C'est cet état de chose que l'on a maintes fois critiqué sous le nom de capitalisme impersonnel (2).

Diviser une responsabilité est la meilleure manière de la supprimer.

Divisées entre un grand nombre d'actionnaires, les responsabilités de la direction semblent n'atteindre personne. Rejetées sur cette entité insaisissable qu'on appelle majorité, elle ne semble porter sur aucun homme.

« Un voyageur (3) ayant visité en 1907 les mines d'argent « de Pulacaoy du Huanchaca en Bolivie, écrivait : « On y « rencontre de petits indiens de 8 à 10 ans, travaillant dans « la nuit éternelle à 300 mètres sous terre. Ils vivent étiolés, « le regard éteint, le visage rigide, les gestes automatiques. « De cette atmosphère de vapeurs chaudes, ils ne sortent que « pour être saisis par le froid de la montagne : car la mine « s'ouvre à 4.000 mètres d'altitude. Les deux tiers de ces « minoritos meurent avant d'avoir 18 ans. Les remplacer par « des adultes, il n'y faut pas songer, l'adulte coûte trop cher « et derrière les contremaitres, les patrons, les ingénieurs déjà « peu pitoyables, il y a les actionnaires qui ne voient rien, « ne soupçonnent rien et sont d'autant plus exigeants. »

(1) Voir le cours de M. l'abbé Danset, Semaine Sociale de Lyon 1925, p. 329.

(2) Cf. Le P. A. Valensin, T. II, p. 244, Droit naturel.

(3) Emile Barbier, Un pays jeune du Pacifique, la Bolivie 1907, P. A. Valensin, op. cit., T. II, p. 243.

Prenons le fait tel qu'on nous le raconte, il ne sert ici que d'exemple (1). Il nous montre l'organisation de l'irresponsabilité. Les administrateurs prétendent qu'ils n'ont pas de responsabilité parce qu'ils n'ont ni autorité, ni indépendance propres (ils ne sont que les commis de la majorité).

Quant aux actionnaires, ils déclarent qu'ils ignorent tout des responsabilités qu'on veut leur attribuer — en théorie — en fait ils sont dans l'impossibilité de remplir les devoirs qui leur incombent parce qu'ils ne pourront jamais les connaître.

Dispersés dans le monde entier, ils sont totalement incompetents en matière corporative. De tous les problèmes que soulève la marche de la société, ils ne connaîtront jamais que l'augmentation du dividende (2).

Ce qui manque à l'entreprise c'est un chef qui assume la direction et les responsabilités qu'elle comporte.

(2) Cf. b. P. A. Valensin, op. cit., T. II, p. 243.

(1) Cf. Les associations du capital, p. 19. Action populaire. Voir le P. Valensin, Le Droit naturel, p. 242 et suivantes.

CHAPITRE XVIII

Remèdes aux inconvénients de la révocabilité souveraine obtenus par la modification de l'assemblée

Ce qui prouve le bien fondé de ces critiques, c'est que dans le monde entier, on a cherché à remédier aux maux signalés dans les précédents chapitres.

On s'est efforcé d'assurer la stabilité et l'indépendance de l'administration, la direction de l'homme à celle de l'argent.

On a tout d'abord cherché à remédier aux abus de la révocabilité souveraine en modifiant la composition de l'assemblée sans limiter le droit de révocation lui-même.

I. — Les actions à vote plural et la direction

Le procédé le plus généralement employé a été la création d'actions à vote plural.

On a vu dans la deuxième partie que la suppression des actions spéciales était loin d'être accomplie, si nous avons demandé qu'elle devînt effective, c'est sous cette réserve qu'un autre procédé juridique vint rendre les mêmes services.

Quels sont-ils ?

A) — Des privilèges massifs formant la majorité absolue

CONTINUITÉ. — Souvent appelées en français, actions de direction, en italien, « azioni de commando », en allemand, « herrschaftactien », les actions à vote plural ont pour but d'assurer la continuité de la direction.

La circulation du capital ordinaire peut être libre et rapide, les actions de direction dont la transmissibilité est souvent restreinte, circulent peu.

Verra-t-on un jour les actions spéciales concentrées dans les banques devenir l'objet de fréquents trafics aux mains des financiers ?

Quoiqu'il en soit actuellement les actions spéciales appartiennent le plus souvent aux administrateurs, elles assurent leur réélection indéfinie, ôtant aux actions ordinaires — c'est-à-dire à l'épargne — le droit de révocation et la direction. Elles assurent au conseil la stabilité que nous avons reconnue indispensable à la bonne marche des entreprises. Dans la société anonyme de 67, l'action spéciale représente la continuité institutionnelle (1).

Elle la dépasse même car elle assurera la stabilité des mauvaises gestions comme des bonnes (2), la direction semblait faite pour la majorité du capital, désormais elle paraîtra faite pour les administrateurs ; ce n'est pas moins abusif, car elle a normalement pour but ni l'intérêt de la majorité ni celui des administrateurs mais l'intérêt de la société.

Possédées par les administrateurs, les actions spéciales empêchent non seulement les révocations injustifiées, mais aussi les révocations les plus fondées, elles suppriment la révocation contrôle, comme d'ailleurs toute espèce de contrôle, (3) puisqu'elles donnent à leur détenteur le pouvoir dictatorial qui appartenait naguère au capital.

INDÉPENDANCE. — L'action à vote plural est aussi appelée action de défense ou de protection, elle a pour but de défendre la société contre les diverses attaques dont elle peut être l'objet ; elle protège la direction contre le danger de mainmise. Un groupe de spéculateurs achètera vainement la presque totalité des actions ordinaires sur le marché, le conseil

(1) Cf. M. Gounot, semaine sociale de Mulhouse 1931.

(2) Il ne faut pas oublier, par exemple, que le « Paris Foncier » et la « Holfra » avaient émis des actions spéciales à droit de vote privilégié disposant de 10 voix.

(3) Voir plus haut, p. 140 et « Le Pour et le Contre » du 12 janvier 1930.

d'administration gardant les actions à vote plural garde la majorité et résiste victorieusement à toutes les attaques. De cette utilisation des actions à vote plural, « on cite le cas de la banque de Bruxelles » (1) qui n'aurait dû la sauvegarde de son indépendance qu'à la faveur d'actions à droit de vote plural, grâce auxquelles elle a pu résister à l'emprise dont elle était menacée par le banquier Lœwenstein qui, peu de temps avant sa fin tragique, avait groupé 60.000 actions lui assurant la majorité ».

Mais les actions spéciales peuvent aussi faciliter la mainmise d'un groupe financier (2). Nous avons supposé que les administrateurs gardaient leurs actions, qu'ils s'en servaient pour assurer la stabilité, la continuité de la direction : tels sont les motifs par lesquels on justifie une émission d'actions à vote plural, mais elle n'est pas intransmissible (3) ; il arrive parfois aussi que ces administrateurs préfèrent vendre leurs actions et avec elles la direction.

L'affaire sera bonne pour les administrateurs, ils ont souscrit les actions au pair, ils les vendent généralement à un taux très supérieur. Avec elles ils vendent non seulement quelques

(1) Rapport Dauthy, 17 décembre 1930, p. 29. Cf. M. Darcy, op. cit., p. 261.

(2) Voir en ce sens notamment « Le Pour et le Contre » du 24 mars 1929.

(3) Signalons ici une intéressante suggestion de la Revue de droit bancaire du 3 décembre 1923. Celle-ci admettant l'utilité des actions spéciales conférées aux fondateurs de sociétés propose de rendre leurs privilèges intransmissibles. Il doit prendre fin soit par le décès du fondateur, soit forfaitairement à l'expiration de la durée fixée, soit encore en conséquence d'une décision de justice qui aura reconnu le dit fondateur coupable de certaines fautes au détriment de la société.

Selon les énoncés plus haut, un privilège de vote intransmissible avec l'action est attribué non à cette action, mais à son propriétaire « intuitu personae ». Il n'y a plus d'action à droit de vote privilégié, mais prime de vote. Le système revient à conférer l'irrévocabilité sans juste cause à des administrateurs statutaires : en effet, ces administrateurs ont reçu par la décision d'une assemblée extraordinaire créatrice des actions spéciales, la faculté de se réélire toujours et de n'être jamais révoqués. Mais une décision de justice pourra leur retirer leur prime de vote pour justes motifs et les rendre de nouveau révocables. C'est pratiquement le moyen de tourner les règles exceptionnelles de la société anonyme pour revenir au droit commun de l'article 1856. Les gérants statutaires nommés à vie ou pour de longues années, ne seront révocables que pour des causes justes et graves par autorité de justice.

Il est intéressant de rapprocher les suggestions de la « Revue de droit bancaire », et celles du Journal « Le Pour et le Contre », elles tendent sensiblement au même résultat.

dividendes mais aussi les tantièmes et la quasi propriété de l'affaire. Les acquéreurs de ces actions spéciales n'ont pas fait une mauvaise opération. Sans doute, ils ont payé fort cher des actions dont les droits financiers sont assez minimes, mais ils se sont assurés sur la société un pouvoir qui ressemble beaucoup plus au droit de propriété romaine qu'à une fonction sociale (1).

Le pouvoir concentré dans quelques actions spéciales leur a coûté moins cher (2) que dilué dans une multitude d'actions ordinaires.

Les capitalistes auront perdu l'occasion de vendre quelques actions au prix fort, car les dernières actions qui forment la majorité dans un sens ou dans un autre se vendent quelquefois assez cher (3).

Par contre la masse des actions ordinaires va souvent baisser, parfois dans une mesure importante (4) ; à tort ou à raison on se défie du nouveau conseil, l'affaire aura été bonne pour tout le monde, les anciens administrateurs, les nouveaux, sauf pour les actionnaires (5).

La question se pose encore de la même façon pour la mainmise de clients fournisseurs, ou concurrents. Les actions spéciales mettent la mainmise à la discrétion du conseil d'administration, l'empêchent s'ils se refusent à vendre, la facilitent dans le cas contraire.

C'est ainsi que les Etablissements Chapal ont pris le contrôle de la société concurrente Gallia en se faisant céder

(1) Sous réserves des modifications proposées, voir notamment en ce qui concerne le recours au Tribunal.

(2) Les 20.000 actions à vote plural de Pathé coûtèrent environ 20 millions. Pour acquérir le même pouvoir avec l'achat de 100.000 actions ordinaires, il eût fallu dépenser 70 millions ou bien davantage, car des achats massifs ou simplement constants font hausser le cours des titres. Cf. M. Picard, « Les Actions à vote plural, au point de vue économique », Revue d'Economie politique, septembre, octobre 1930.

(3) Voir ce qui s'est passé au moment où fut effectuée la main-mise sur le « Gaz de Lyon ».

(4) Voir ce qui s'est passé après le changement de direction de Pathé, en 1929. L'action ordinaire baisse de près de 25 %.

(5) L'opération est relatée dans le « Journal des Finances », 21 février 1930, G. M. Picard. « Les actions à vote plural au point de vue économique », Revue politique et parlementaire, p. 1315, année 1930.

4.000 actions à vote plural disposant de la majorité contre 22.500 actions ordinaires. Les actions de la Société Gallia qui valurent 2.300 francs en 1929, ne valent aujourd'hui guère plus de 100 francs. Même en tenant compte d'une émission d'actions nouvelles au taux de 750 francs, la baisse est sensible. La gestion de la Société fut l'objet de vives critiques au cours de l'assemblée du 17 décembre 1930 (1).

Non seulement les actions spéciales facilitent ces sortes de mainmise, mais elles les rendent plus dangereuses.

Pour s'assurer la maîtrise d'une société anonyme à vote égalitaire, un client doit posséder une fraction importante du capital, soit 50 % lorsqu'il soustrait 10 francs à la société, il en fournit 5 et n'en prend que 5 à l'épargne.

Le vote plural permet à ce même client d'avoir la majorité des voix sans posséder une fraction appréciable du capital social, il lui suffira de posséder $\frac{50}{5} \%$ ou $\frac{50}{10} \% = 5$ ou 10 % du capital social.

Lorsqu'il prendra 10 francs à la société, il fournira 1 franc seulement.

Sur le danger de mainmise étrangère l'action spéciale a des effets contradictoires. Elle paraît avoir protégé en Allemagne contre ce danger de mainmise étrangère le « Konzern de l'aniline », « le Deutsche Lloyd », « la Deutsche Maschinen Fabrik Gesellschaft Hansa », etc. (2).

En Suisse les actions à vote privilégié auraient protégé contre la mainmise étrangère les Sociétés « Motor Colombus » « Brown Boverie », « Société d'Entreprises électro-mécaniques » et particulièrement la « Société d'Aluminium de Neuhausen » contre la mainmise américaine (3),

(1) On en trouvera le compte-rendu dans la « Vie Financière » du 9 janvier 1931. Les cours ont d'ailleurs eu une tendance à s'améliorer pendant ces derniers mois.

(2) Voir M. Picard, « Les actions à vote plural au point de vue économique », Revue politique et parlementaire, p. 1317 et suivantes, année 1930. Lewinshon, « Histoire de l'inflation en Allemagne », et M. Mazeaud, op. cit., p. 77 et 78.

(3) Cf. M. Darcy op. cit. p. 262.

En France, les sociétés « Citroën », « Peugeot », se seraient mises à l'abri des projets d'absorption de la « General Motors », par la création d'actions spéciales. Grâce aux actions à vote privilégié, des sociétés comme « Force et Lumière » ou l'Energie Electrique du Littoral Méditerranéen, auraient échappé aux entreprises du trust allemand de l'électricité.

Les « Aciéries du Nord et de l'Est » auraient eu à craindre une mainmise de même source. (1) Le « Crédit Lyonnais » lui-même aurait créé des actions à vote plural sur la constatation qu'un groupe germano-américain procédait à des achats massifs de ses titres (2).

Les actions spéciales ont dans leurs débuts, tout au moins, préservé les administrateurs auxquels elles étaient attribuées de la mainmise étrangère comme de toute autre. Par la suite elles ont permis à ces mêmes administrateurs de livrer plus facilement le contrôle d'affaires françaises à l'étranger. « Il est « incontestable qu'à l'heure actuelle en France plusieurs paquets « d'actions à droit de vote privilégié ont été livrés à l'étranger. « C'est ainsi que la société la plus importante du Groupe Vil-
« grain, « la Coopérative d'approvisionnement de transports et
« crédit », aujourd'hui abandonnée par M. Baumann, voit la
« presque totalité de ses actions A entre les mains des Anglais
et des Américains (3). »

D'ailleurs les actions spéciales sont parfois attribuées dès leur émission à des étrangers. En 1930 la « Société d'Electricité de Paris » créa 100.000 actions privilégiées disposant de 300.000 voix sur 830.000 et les fit souscrire à concurrence de 98 % du total, par une société faisant partie du groupe belge Empain, lui-même en voie d'absorption par un consortium germano-américain.

On trouve aussi l'exemple de la « General Electric Co », au nom de laquelle M. Young annonçait récemment qu'il

(1) cf M. Darey op. cit. p. 259.

(2) M. Picard, ibid, et « l'Usine », 23 novembre 1923.

(3) G. M. Mazeaud, op. cit., p. 66 et suivantes. Cf. Interpellation de M. Lesaché à la Chambre, 23 mars 1923, J. O., mars 1923, p. 1.527.

venait de souscrire le capital privilégié de la « Financière électrique » et de la « Société Française Thomson Houston ».

Peut-on interdire aux étrangers l'acquisition d'actions à vote plural (1) ? L'exclusion n'est pas possible par voie légale, les traités internationaux s'y opposent. Par contre les statuts peuvent stipuler cette exclusion. La « Compagnie des Chemins de Fer du Maroc » et la « Société de Navigation Rhénane » nous donnent des exemples de cette clause (2). Il faut observer que l'administration a pu faire insérer ces clauses dans les statuts de ces sociétés. Il s'agissait presque de services publics.

Il est permis de penser que les clauses statutaires excluant les étrangers ne se multiplieront pas, elles ont un caractère fâcheux de mesures de défiance exceptionnelle et justifieront des représailles sur les places étrangères, elles seront rendues de plus en plus rares par le développement de la solidarité mondiale.

En l'absence de ces clauses, les actions spéciales pourront tout aussi bien servir la mainmise étrangère que la combattre.

Les actions spéciales permettent aux petites entreprises de se défendre contre la mainmise des trusts, de garder leur indépendance propre et de vivre du moins si elles consentent à s'organiser, à se fédérer entre elles selon la nécessité de l'heure présente. Le trust ne pourra plus absorber malgré elles, les sociétés de second ordre, en achetant la majorité de leurs actions ordinaires en Bourse, tel est l'argument que l'on donne souvent en faveur des actions spéciales.

C'est un service qu'elles ont rendu plus d'une fois (3).

Mais l'on retourne aussi souvent cet argument : si les actions spéciales peuvent empêcher la concentration lorsque

(1) Voir en ce sens M. Louis Renault, « Annales du Syndicat des Entrepreneurs de travaux publics », août 1930.

(2) M. H. Mazeaud, op. cit., p. 63 et suivantes.

(3) Cf. M. Mazeaud, op. cit., p. 76, et le Bulletin financier du Haut Commissariat de la République Française dans les provinces du Rhin, n° de janvier 1923, p. 40 et suivantes.

le conseil les garde, elles facilitent au contraire cette même concentration lorsque le conseil s'en dessaisit au profit d'un trust. Celui-ci s'assure la direction d'une industrie avec un capital bien moindre que s'il lui avait fallu se procurer des actions ordinaires.

Dans l'ensemble les actions spéciales ont plutôt facilité la concentration (1).

C'est ainsi qu'en Allemagne les actions spéciales ont permis une concentration très poussée sur le plan national. Quatre grandes banques : « Deutsche Bank », « Disconto Gesellschaft », « Dresdner Bank », « Berliner Handels Gesellschaft », se sont assurées le contrôle de presque toutes les grandes affaires allemandes, au moyen des actions à droit de vote privilégié. Elles ont réuni ces actions et en ont confié la gestion à une « Holding Institute » (2). Il y a là une véritable nationalisation capitaliste de l'industrie allemande. En ce qui concerne l'industrie du linoléum le trust absorbe des sociétés représentant 40 millions de marks sur un total de 42, soit 95 %. En 1927, la concentration dépassa le plan national, un véritable trust européen du linoléum fut créé à Zurich : c'est le « Continental Linoléum Union » dont le pouvoir s'étend en Allemagne, Angleterre, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Suède, Suisse (3).

En France notamment, les actions spéciales facilitèrent sa mainmise sur la « Société Rémoise du Linoléum » (Sarlino). Celle-ci en 1928 créa 40.000 actions à vote privilégié, vendues peu après au trust suisse « Continental Linoleum Union » (4).

On peut encore citer l'exemple, moins important mais très caractéristique des sociétés « Zénith » de divers pays qui confièrent leur direction à une supersociété suisse au moyen d'actions spéciales (5).

(1) Voir en ce sens M. Picard, *Revue politique et parlementaire*, 10 mai 1931, qui considère comme un mérite des actions spéciales, le fait de faciliter la concentration.

(2) Rapport Dauthy, Sénat, 17 décembre 1930.

(3) Cf. M. Chiati, *op. cit.*, p. 90.

(4) Cf. M. Picard, « Les actions à vote plural au point de vue économique », *Revue politique et parlementaire*, année 1930, p. 1319. Les actions de Sarlino qui valurent plus de 300 francs, sont tombées à moins de 15 francs.

(5) Voir l'Information du 16 mai 1929.

Les privilèges massifs retirent le danger de mainmise aux capitalistes pour le mettre à la discrétion des administrateurs.

B) — Des privilèges limités

Le système de privilèges de vote massif n'a plus aujourd'hui beaucoup de partisans, la plupart de ceux qui préconisent le vote plural demandent sa réglementation (1).

Le privilège des actions spéciales devra être limité à 3 ou à 5 voix et ne jamais faire la majorité absolue à l'assemblée.

Le droit de révocation qui appartient aux actions ordinaires sera non plus supprimé mais simplement diminué. En effet, pour révoquer les administrateurs, il faudra qu'un grand nombre d'actions ordinaires s'unissent contre les actions spéciales. Soit par exemple une société dont le capital se divise en 110 actions dont 100 ordinaires ayant chacune une voix et 10 privilégiées ayant chacune 5 voix. Ces dernières réunissent : $\frac{1}{3}$ de l'ensemble des voix $10 \times 5 = \frac{100+50}{50}$

La totalité des actions ordinaires n'a plus que les $\frac{2}{3}$ de l'ensemble des voix $\frac{100}{150}$. Pour opérer la révocation malgré les actions spéciales, il faudra au moins 51 actions ordinaires, c'est-à-dire plus de la moitié du capital ordinaire.

EFFET THÉORIQUE. — Ainsi, dit-on, les administrateurs devront posséder une fraction du capital suffisamment importante, ils n'auront jamais la majorité à eux seuls, il leur faudra pour assurer leur réélection l'appoint des voix des capitalistes.

Ils seront protégés contre les coups de main mais s'ils veulent vendre la direction avec le capital privilégié, le capital ordinaire pourra s'y opposer.

EFFET PRATIQUE. — En réalité il semble que ce soit à peu près le contraire. Les privilèges limités suppriment le droit de

(1) Voir notamment les Rapports Dauthy, Porteu préc., Le Projet de la fédération des porteurs de valeurs mobilières. M. C. Riboud, Conférence à la Société d'Economie politique de Lyon, année 1929.

révocation et de direction des actions ordinaires, aux mains de l'épargne, et le laissent subsister aux mains de la finance. La révocation devient impossible pour l'épargne pendant qu'elle subsiste encore au profit des trusts.

En effet les majorités formées par l'épargne sont généralement faibles et peu cohérentes, elles se diviseront souvent au moment du vote. D'ailleurs le conseil qui envoie au loin les pouvoirs à son adresse recueillera toujours un certain nombre d'adhésions — on ne pourra le révoquer.

Au contraire, les actions possédées par un groupe manœuvrent avec ensemble, point de défections, elles formeront une majorité massive et révoqueront sans coup férir le conseil.

Deux exemples le montreront : rappelons tout d'abord celui de la Société Pathé : l'ancien conseil vendit la direction au nouveau, au moyen d'actions spéciales disposant de cinq voix. L'ensemble du capital privilégié n'avait pas plus de 33 % du total des voix.

La cession de la direction faite à l'insu des actionnaires ordinaires ne put être entravée par eux lorsqu'ils la connurent ; jamais le nouveau conseil ne fut menacé de révocation.

Une masse de défense, même faible, suffit à vendre la direction d'une société parce qu'elle suffit à réduire à néant les faibles possibilités d'opposition de l'épargne.

Par ailleurs cette même masse de défense ne formant pas la majorité absolue laisse la direction vénale aux mains des capitalistes. En achetant les actions ordinaires un groupe financier pourra encore acheter la direction. C'est ainsi que le capital privilégié dont disposait le conseil de Pathé eût été insuffisant pour protéger la société contre une mainmise comme celle dont fut victime la société anglaise « la General Electric Company ». (Rappelons que 60 % du capital avait été acquis par des Américains.)

Dans la société « Pathé Cinéma », 60 % du capital ordinaire aurait donné en 1929 300.000 voix, alors que le capital privilégié n'en représentait guère que 250.000.

Le système des privilèges de vote limités cumule les inconvénients du vote égalitaire et des privilèges massifs. La direction peut être tout à la fois vendue par les administrateurs et par les capitalistes.

CONCLUSION. — En résumé le privilège de vote permet de livrer une société comme il permet de la défendre. Il permet de réaliser des révocations abusives comme il permet de les empêcher. Il peut aussi bien servir l'intérêt social que le combattre (1). Il n'assure pas la protection de l'intérêt social, ce qui est son but, parce que ce but, il ne le reconnaît pas. Pour bien assurer une fonction, il faut en reconnaître la fin et revenir à la théorie institutionnelle.

II. — Effets des modifications proposées

a) PRIMES DE VOTE. — La prime de fidélité nominative, introduit dans la vie de la société une certaine continuité mais elle n'assure pas son indépendance.

Dans la mesure où elle tient compte du facteur temps, elle diminue l'influence de la spéculation à l'assemblée donc le danger de mainmise par les syndicats de « valorisation ».

Par contre elle facilite la mainmise préparée, de long temps, de tous ceux qui peuvent attendre. Si l'on considère qu'un grand nombre de capitalistes français conservent leurs titres au porteur ou s'abstiendront d'aller aux assemblées, les Holdings (2) ou groupes financiers mettront leurs actions au nominatif et s'assureront facilement la prépondérance.

La prime de vote offre une action à vote plural, à quiconque peut attendre. La somme nécessaire pour réaliser une mainmise sera diminuée d'autant. Il suffira qu'une Holding ayant acheté un certain nombre d'actions les mette au nomi-

(1) Voir en ce sens Mlle Piot, op. cit. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1930, p. 462. M. Picard, Revue d'Economie politique, septembre, octobre 1930.

(2) La création d'investments trust pourra améliorer le contrôle, mais ne résoudra pas le problème de la direction de nos sociétés ; pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer le souvenir de la Holfra.

natif et attende quelques années pour jouir d'un grand avantage de vote. Soit une société dont le capital se compose de 100 actions dont 10 au nominatif jouissant des primes de vote, l'assemblée comporte $90 + (10 \times 5) = 140$ voix. Pour s'assurer la majorité il suffira d'acheter 25 actions et l'on aura alors $(25 \times 5) = 125$ contre $(65 + 10 \times 5) = 115$ c'est-à-dire la majorité. En fait étant donné l'abstention habituelle des capitalistes une participation sensiblement inférieure à 25 % du capital sera suffisante pour assurer la mainmise.

Sans doute, la société pourra prévoir l'attaque mais est-ce bien suffisant si elle n'a pas le moyen de s'en défendre.

Ainsi se trouvera facilitée la mainmise par les trusts et la concentration. De même la mainmise par les clients, fournisseurs, concurrents, ou les groupes étrangers.

Sur la possibilité d'exclure les étrangers du privilège de fidélité nominative, rappelons ce qui a été dit au sujet des actions spéciales, les clauses d'exclusion seront rarement insérées dans les statuts (1).

La suppression de la mainmise étrangère résultera de la suppression de toute mainmise par le droit commun, — ou elle ne sera pas.

Les primes de vote, comme le refus du droit de vote aux administrateurs, avaient, pour but d'augmenter la faculté de contrôle de l'assemblée en augmentant sa faculté d'opposition en face du conseil. Elles rendent la situation des administrateurs plus vulnérable si l'on conserve le droit de direction à l'assemblée.

Aura-t-on sacrifié la fonction "direction" à la fonction "contrôle" ?

Non, si on les confie à deux organes différents selon la règle institutionnelle de spécialité.

(1) Voir en ce sens le Temps du 30 juin 1931, la protestation de l'Association Nationale des Sociétés par actions, dénonçant l'insuffisance de notre législation en face du danger de mainmise étrangère et l'avis, au Sénat, de M. Caillaux, n° 135, année 1931

b) MAJORITÉS PAR TÊTES. — Va-t'on réserver le droit souverain de révocation aux assemblées par têtes ?

Dans ces dernières, la loi est faite par les petits actionnaires. Leur confier le droit de révocation, c'est le confier à ceux qui ne pourront jamais l'exercer, cela revient à le supprimer en fait.

La mainmise serait supprimée, mais la dictature des administrateurs consacrée. Les tentatives de mainmise des groupes financiers ou holdings seront déjouées, mais ce système présente un inconvénient grave, il instaure en fait la dictature des administrateurs, des mauvais comme des bons et cela sous le couvert d'une désignation collective.

Le système méconnaît la réalité des faits. Il faut le répéter encore, car c'est le grand fait qui domine la situation : les innombrables petits porteurs ont voulu faire un placement mais ils n'ont aucune intention de collaboration à la marche des affaires (1).

Moins encore que les gros actionnaires, ils n'ont ni le temps ni les moyens de remplir le rôle de directeurs dans toutes les affaires où ils ont placé quelques économies. En pratique, les petits porteurs ne pourront guère qu'envoyer leur adhésion au conseil existant, assurer indéfiniment sa réélection.

Réserver aux majorités par têtes la nomination et la révocation du conseil, c'est assurer sa cristallisation définitive. Cependant, une mauvaise gestion pourra conduire la société à sa ruine. Les petits actionnaires pourront-ils se plaindre de cette ruine puisqu'ils l'auront votée ou plutôt qu'ils seront censés l'avoir votée ? Peut-on le dire sans ironie ?

Ce système allie aux inconvénients du pouvoir personnel ceux du pouvoir collectif : l'irresponsabilité. Juridiquement,

(1) G. M. J. Hamel « L'affectio societatis », Revue trimestrielle de Droit civil, p. 766, année 1925 et « Le Pour et le Contre », 12 janvier 1930.

la responsabilité de la direction demeurent divisées entre une foule de personnes incapables de les assumer et d'en remplir les charges.

Ce que demande la petite épargne, ce n'est pas un droit de direction qui se retournera contre elle, mais bien la protection.

CHAPITRE XIX

La diminution ou suppression du droit même de révocation

I. — De l'augmentation de la majorité de révocation

Si l'on retire le droit de direction au capital, il faut l'attribuer aux administrateurs.

Tel était le but des actions spéciales. Elles y tendaient en supprimant ou diminuant la révocabilité des administrateurs par les actions ordinaires. Ces dernières devaient s'unir en grand nombre, constituer une majorité très forte pour pouvoir renverser le conseil. La majorité de révocation se trouvait indirectement augmentée (1) au delà du quorum exigé par l'art. 29 ($1/4 : 1/2 = 1/8$ du capital à la première assemblée — aucun quorum à la seconde).

Ce dernier résultat peut être atteint directement par une clause des statuts. Ceux-ci exigeront par exemple en toute assemblée une majorité de $1/2$ du capital social pour opérer la révocation.

Monsieur Pic (2) conteste la validité de cette pratique ; elle est contraire à l'esprit de la loi de 1867 : c'est entraver dans une certaine mesure, le droit de révocation que de le subordonner à des conditions plus rigoureuses que celles déterminées par la loi elle-même.

Il semble cependant que la validité de cette clause ait

(1) Voir plus haut, p.

(2) Op. cit., T. II, n° 1119 et T. II, p. 563.

été admise par la Cour de Cassation (1). On verra plus loin que l'article 6 de la loi du 27 avril 1930 a repris et généralisé ce système.

Une hypothèse nous permettra de mieux comprendre les effets de la clause, en les poussant à des extrêmes qui n'ont jamais été réalisés : l'unanimité moins une voix est nécessaire pour révoquer les administrateurs.

A sa limite, le système des augmentations de majorité supprime le droit de révocation, c'est-à-dire qu'il enlève le droit de direction aux actions pour le donner aux administrateurs.

a) Nécessité d'une majorité très forte.
Suppression de fait du droit de révocation.

AVANTAGES. — Ce système présente une supériorité marquée sur le procédé des actions spéciales. Il assure non seulement la continuité de la direction, mais encore son indépendance.

L'augmentation de majorité n'est pas comme l'action spéciale une arme à deux tranchants ; elle ne peut faciliter les aliénations d'autorité qu'elle a pour but d'éviter, parce que la direction retirée aux actions ordinaires est attribuée aux administrateurs et non plus à d'autres actions vénales. Pour s'emparer de la direction, il sera nécessaire d'acquérir un nombre d'actions ordinaires d'autant plus grand que la majorité requise pour la révocation sera plus forte.

La mainmise devient plus difficile, sinon impossible, parce qu'il devient presque impossible de trouver sur le marché assez d'actions pour constituer la majorité de révocation.

Les groupes étrangers pourront bien placer des capitaux dans nos affaires, s'ils ne réunissent pas la majorité de révocation, ils n'en auront pas la maîtrise.

(1) Cassation, 5 juillet 1893, Dalloz, 94-1-41, interprété en ce sens par M. Pic à qui cette citation est d'ailleurs empruntée.

De même, le danger de concentration par les Holdings Trusts est très diminué. Il sera très difficile à une Holding de grouper un nombre d'actions suffisant pour pouvoir révoquer les administrateurs et absorber l'institution. La Holding ne sera plus qu'une société de placement, « investment trust » ; elle ne réalise plus la concentration virtuelle. D'une façon générale, le danger de mainmise est diminué ou supprimé avec le droit de révocation.

INCONVÉNIENTS. — Cependant, l'augmentation de majorité présente un défaut commun avec l'action à vote plural : elle organise la stabilité des mauvais administrateurs comme des bons. On ne pourra plus imposer aux administrateurs une direction contraire à l'intérêt social, mais ils pourront eux-mêmes détourner cette direction de son but sans qu'on puisse les empêcher.

Ce système supprime le droit de révocation, non seulement en tant qu'il est un droit de direction, mais aussi en tant qu'il est un droit de contrôle. Il supprime non seulement le droit de révocation arbitraire qui établit l'omnipotence du capital sur les administrateurs, — mais encore ce droit de révocation fondée qui permet d'obliger les administrateurs à bien gérer ou de les révoquer, et paraît une pièce indispensable de notre société anonyme.

b) Atténuations du système **Augmentations de majorité modérée**

On a cherché à concilier le besoin de stabilité des administrateurs avec le besoin de contrôle ; on a proposé pour cela de diminuer un peu le droit de révocation sans le supprimer. Le quorum de révocation ne serait pas tellement élevé qu'il ne puisse être atteint sans grandes difficultés. Un grand nombre d'actions ordinaires pourront en s'unissant, révoquer les administrateurs.

Ce système est une atténuation du premier, comparable au privilège de « vote limité » des propositions Dauthy et

Porteu. Il présente avec lui un défaut commun : la révocation sera devenue impossible pour les actionnaires alors qu'elle subsistera encore au profit des syndicats (1).

II. — Etude de l'article 6 de la loi du 27 avril 1930

Le système de la révocabilité diminuée a été adopté par l'article 6 de la loi du 27 avril 1930 :

« Par dérogation aux dispositions des articles 26 et 26
« de la loi du 24 juillet 1867, dans les assemblées ordinaires
« des sociétés dont les actions ne jouissent pas d'un droit
« de vote privilégié, le refus d'approbation des comptes ou
« le quitus aux administrateurs, ainsi que la révocation ou
« le refus de renouvellement du mandat de ces derniers ne
« peuvent être votés qu'à la majorité représentant plus du
« tiers du capital social.

« Si, dans une première assemblée, cette majorité ne peut
« être obtenue, une nouvelle assemblée est convoquée dans
« les formes fixées par les statuts. Dans cette seconde as-
« semblée, les résolutions visées au paragraphe précédent
« seront valables si elles sont votées à une majorité repré-
« sentant plus du quart du capital social.

« Si cette seconde assemblée ne réunit pas la majorité
« prévue au paragraphe précédent, une troisième assemblée
« délibérera valablement, quelle que soit la fraction du capital
« représentée par les actionnaires présents et par la majo-
« rité des voix. »

c) Eloge de l'article 6

Cet article, en contradiction avec l'esprit de la loi de 1867, consacre le principe de la continuité institutionnelle ; il établit la stabilité des administrateurs.

Leur révocation est considérée comme une mesure extra-

(1) Cf. plus haut, p. 169 et s.

ordinaire qui requiert une majorité spéciale. S'ils sont encore, suivant la lettre des articles 22 et 25, des mandataires à temps soumis à des réélections rapprochées, ils doivent désormais être réélus jusqu'à leur mort ou leur démission ; la réélection est le principe, le refus de réélection est exceptionnel ; il requiert une majorité exceptionnelle.

Comme la diminution de la révocabilité tend à faire passer la direction des actions aux administrateurs, la considération de la personne tend à remplacer celle de l'argent.

d) Critique de l'article 6

L'article 6 est loin cependant de suivre complètement les principes de la théorie institutionnelle et de satisfaire aux besoins de la pratique.

POUVOIR IRRESPONSABLE. — Tout d'abord, il tend à donner aux administrateurs un pouvoir dictatorial, irresponsable et non plus subordonné à l'intérêt social. Il paraît considérer l'approbation des comptes, le quitus presque obligatoires, puisque leur refus nécessite une majorité spéciale.

Il semble au contraire qu'il faille séparer bien nettement la révocation du quitus. Les actionnaires doivent pouvoir refuser le quitus, obtenir des administrateurs qu'ils réparent les dommages causés par leur faute sans être obligés de les révoquer. L'action sociale contre les administrateurs et la révocation sont deux mesures essentiellement distinctes. Tel conseil administre bien dans l'ensemble et peut cependant commettre des fautes isolées. Pourquoi ne les réparerait-il pas ? S'il faut enlever au capital le droit de direction, il ne faut diminuer en rien son droit de contrôle.

INEFFICACITÉ. — Enfin, l'article 6 est pratiquement inopérant. Tout au plus aurait-il permis de résister à l'attaque brusquée de majorités faibles et passagères. Il ne saurait même pas protéger une société contre un syndicat puissant

comme celui qui s'empara de la Compagnie Internationale des Wagons-Lits.

Au cours d'une Assemblée extraordinaire (1), le 6 septembre 1923, le groupe Dalziel révoqua l'ancien conseil Jadot qui avait refait après la guerre, la prospérité de la société. La révocation en fut votée par près de 99.000 voix contre 53.000. La majorité de révocation représentait plus du quart du capital social, mais moins du tiers cependant. En cette occurrence, l'article 6 aurait prescrit la réunion d'une seconde assemblée.

Cette assemblée eut lieu le 29 septembre pour confirmer la révocation des anciens administrateurs et en nommer de nouveaux. Le groupe assaillant réunit alors plus de 116.000 voix, le conseil n'en eut que 55.000. Cependant, un syndicat de défense avait été formé dans le but de soutenir (2) l'ancien conseil contre le groupe Dalziel.

Il faut remarquer que la majorité de 116.000 voix représentait plus de 33 % du capital social et qu'elle dépassait donc le quart exigé par l'article 6 dans la seconde assemblée pour accomplir la révocation.

Une troisième assemblée fut réunie le 13 novembre (3) pour confirmer ce qui pouvait être juridiquement irrégulier dans les deux premières décisions. Le changement du conseil d'administration fut confirmé par 134.000 voix, soit près de 40 % du capital total, alors que l'article 6 n'exige aucun quorum à la troisième assemblée.

(1) Voir le compte rendu de cette assemblée dans la « Vie Financière » du 10 septembre 1923.

(2) Voir le compte rendu dans un « Extrait sténographique imprimé par le syndicat de défense des actionnaires de la Compagnie Internationale des Wagons-Lits », Paris, 8, rue Percier. Peut-être faudrait-il déduire de la majorité obtenue par le groupe Dalziel des pouvoirs achetés s'il faut en croire M. Loubéry, mais cette pratique ne cessera pas complètement, même si on la prohibe par une disposition pénale.

(3) Voir le compte rendu dans la « Vie Financière » du 15 novembre 1923. L'ancien conseil, avec l'aide du syndicat de défense des actionnaires ne put réunir que 75.000 voix possédées, il est vrai, par 4.000 actionnaires. Toute résistance fut paralysée par la démocratisation, malgré l'émotion que souleva dans le public l'attaque du groupe Dalziel.

On voit donc que l'article 6 eût été impuissant à empêcher la mainmise du groupe Dalziel sur les Wagons-Lits et l'opération que l'on sait.

L'article 6 serait moins efficace encore contre une holding ou toute autre société pouvant conserver une participation longtemps. En effet, on peut supposer que les actionnaires, à la menace de révocation qui pèse sur les administrateurs, feront un effort et qu'ils enverront en foule leurs pouvoirs au conseil. Celui-ci résistera peut-être à la première attaque dont il sera l'objet. Il faudra pour cela que l'assemblée ordinaire ait atteint le quorum assez inusité de plus de la moitié de l'ensemble des voix.

Mais la menace de mainmise ne sera qu'ajournée à l'année suivante ; elle subsistera aussi longtemps que la société assaillante conservera sa participation. Les capitalistes se dérangeront peut-être une fois, deux fois, mais au bout d'un temps plus ou moins long, ils se lasseront, revenant à des habitudes invétérées d'inertie, ils laisseront baisser le quorum et tomber le conseil.

CONCLUSION. — L'article 6 aurait pu tout au plus protéger la société contre les surprises de la spéculation à court terme ; or, la prime de fidélité va les neutraliser, mais elle rend plus redoutables les mainmises préparées de longtemps. Contre ce danger, il importe de protéger nos sociétés. L'article 6 diminue le contrôle du capital sans y parvenir.

Nous n'en retiendrons qu'une idée ; sa stabilité des administrateurs par la limitation du droit de révocation et le principe de réélection,

CHAPITRE XX

De la révocabilité pour juste cause

I. — Le droit de révocation et la théorie institutionnelle

Toutes les solutions étudiées jusqu'ici limitent ou suppriment objectivement le droit de révocation, elles suppriment tout à la fois la révocation direction et la révocation contrôle.

Ne peut-on pas supprimer la révocation droit de direction, tout en laissant subsister la révocation pouvoir de contrôle ?

Au lieu de limiter le droit de révocation lui-même, on limitera son exercice et la souveraineté de l'agent. On recourra pour cela à la notion de finalité que l'on substituera à celle de délégation de volonté.

Soumis à la théorie institutionnelle, le droit de révocation, au lieu d'être arbitraire, comme s'il avait pour but l'utilité propre du révoquant, devra se fonder sur une juste cause parce qu'il a pour but l'intérêt social.

CARACTÈRE DE LA FONCTION D'ADMINISTRATEUR. — On a jusqu'ici dénommé mandat la fonction des administrateurs. Mais est-ce bien mandat qu'il faut dire ? Ce mandat n'est-il pas plutôt un pouvoir d'autorité dans une institution corporation ?

Les administrateurs sont en effet non seulement les mandataires de ceux qui les nomment, la majorité, mais encore de ceux qui ne veulent pas d'eux, la minorité. Ils ne poursuivent pas l'intérêt particulier de ceux qui leur ont donné mandat, mais un intérêt distinct et supérieur à ces intérêts particuliers.

Le mandat individuel est révocable ad nutum. Le « mandat institutionnel » ou pouvoir d'autorité ne peut être révocable que pour juste cause. On justifiera cette proposition par un double argument.

Différences entre le mandat individuel et le « mandat institutionnel »

A) FINALITÉ. — Tout d'abord le mandat individuel et le mandat institutionnel diffèrent par leur finalité, or la révocation d'un mandat doit être conforme à la fin de ce mandat, ou elle est abusive.

Le mandat individuel est révocable ad nutum lorsqu'il a pour fin l'intérêt propre du mandant. Pour que la révocation ne soit pas abusive il suffit qu'elle soit inspirée par l'intérêt individuel et non par l'intention de nuire (1). Au contraire, lorsque le mandat individuel cesse d'avoir pour fin l'intérêt exclusif du mandant, il devient lui-même irrévocable sans juste cause (2).

Le mandat institutionnel a pour fin non seulement l'intérêt de la majorité mais aussi celui de la minorité, non un intérêt particulier mais un intérêt commun (3). Dès lors la révocation devra être conforme à cet intérêt collectif sinon elle devient abusive et nulle. Un intérêt individuel ne suffit pas à justifier la révocation du mandat collectif.

Ce n'est que l'application aux décisions de révocation, d'un principe général qui régit toutes les décisions de la majorité, selon la théorie institutionnelle l'intérêt commun seul les justifie.

(1) Rappelons ici que la décision révoquant les administrateurs ne donne même pas lieu à des dommages et intérêts lorsqu'elle est dictée par l'intention de nuire ; dérogation injustifiable aux règles générales du mandat et de la théorie institutionnelle.

(2) Voir notamment en ce sens Douai, 24 avril 1891, D. P. 1892, 11, 51.

(3) Dans 3 numéros au moins, 20, 27 avril 30 nov. 1930, « Le Pour et le Contre » insiste sur la différence à établir entre la révocation du mandat individuel et celle du mandat collectif.

B) PRÉJUDICE. — On peut encore relever une autre différence essentielle entre le mandat individuel et le mandat institutionnel : la révocation abusive du mandat individuel ne porte pas de préjudice aux co-mandants, au contraire, la révocation abusive du mandat institutionnel cause un préjudice aux co-associés.

Lorsque plusieurs personnes choisissent individuellement un mandataire, elles nomment et révoquent chacune leur mandataire librement, une révocation inopportune ne nuira qu'à son auteur.

Au contraire, le mandat institutionnel et sa révocation sont imposés par la majorité à la minorité, la révocation abusive cause un préjudice à la société, donc à la minorité.

On a vu plus haut que la gestion de la société avait besoin de continuité. — Une révocation inutile est un acte déraisonnable, non conforme au bien commun : elle cause un préjudice à la société.

Le remplacement d'un bon mandataire qui aura fait prospérer la société, par un mauvais qui la ruinera, sera plus fâcheux encore.

Si la majorité prive la minorité d'un bon mandataire et lui en impose un mauvais, elle lui cause un préjudice par sa faute.

La révocation du mandat collectif doit être fondée sur une juste cause parce qu'elle doit respecter les droits de la minorité, être conforme à l'intérêt social.

II. — Sanctions de l'abus du droit de révocation

a) SANCTION IMPARFAITE, DOMMAGES ET INTÉRÊTS. —

Quelle sera la sanction de l'abus du droit de révocation sera-t-il relatif mais péremptoire (1). Accordera-t-on seule

(1) Le droit de révocation des administrateurs présente un caractère relatif, mais péremptoire dans le projet de code de commerce Roumain. La révocation abusive n'est pas nulle mais donne lieu à « dédommagement ». (dommages et intérêts). Cf. Bulletin mensuel de la Société de Législation

ment la sanction imparfaite des dommages et intérêts ? Théoriquement elle suffirait à sauvegarder les droits des administrateurs et ceux de la minorité.

La majorité pourrait spolier les administrateurs, ruiner la société par l'abus du droit de révocation à la condition de réparer les dommages causés aux personnes.

Pratiquement, la sanction des dommages et intérêts sauvegarderait mal les droits lésés. Exercer une action en dommages et intérêts contre une majorité, c'est-à-dire contre une multitude de personnes, est malaisé, seule la sanction plus parfaite de la nullité, la consécration plus complète de la théorie institutionnelle pourra sauvegarder vraiment les intérêts de la minorité.

La majorité ne doit pas pouvoir ruiner l'institution à charge de réparer les dommages aux personnes.

Sans doute les associés lorsqu'ils n'ont plus « l'affectio societatis », la volonté de poursuivre le bien commun, peuvent-ils, réunis en assemblée extraordinaire, dissoudre la société, mais ce doit être dans les formes prévues par le code de commerce qui seules sauvegardent pleinement les intérêts de la minorité.

Si la majorité ne veut pas dissoudre la société, elle doit poursuivre et orienter son activité, conformément à l'intérêt social, à l'ordre. Le règne de l'ordre protège mieux la minorité que la réparation du désordre. Le pouvoir de l'assemblée générale ordinaire a pour but de servir l'institution et non de la ruiner.

b) SANCTION PARFAITE DE LA NULLITÉ. — La société anonyme est une institution corporation, une administra-

comparée, janvier, mars 1931, p. 187. C'est là un progrès appréciable sur le caractère souverain reconnu au droit de révocation par notre loi de 67. Il est fâcheux cependant que les auteurs du projet roumain n'aient pas admis la sanction parfaite de la nullité d'une révocation prononcée « pour des buts interdits ». (Op. cit., p. 187).

Voir également une note sous un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, 15 février 1929, dans la « Revue des sociétés », mai 1931, p. 209. L'auteur de la note estime qu'une révocation intervenue de mauvaise foi dans l'intention de nuire ne serait pas nulle mais motiverait une demande de dommages et intérêts.

tion privée. De même que dans les administrations publiques, le détournement de pouvoir, l'abus de droit doit recevoir la sanction parfaite de la nullité, la révocation abusive, non conforme à l'intérêt social, la révocation sans juste cause doit pouvoir être annulée par le Tribunal.

La sanction de la nullité est ici parfaitement conforme aux principes généraux du droit. Il ne s'agit pas en effet, d'une obligation de faire, dont le refus d'exécution ne puisse aboutir à l'exécution forcée mais seulement à des dommages et intérêts. Telle serait la démission abusive des administrateurs, on ne peut les contraindre à gérer.

La nullité de la révocation sanctionne seulement une obligation de laisser faire, l'obligation pour la majorité de laisser les administrateurs gérer. Dans les principes du droit, rien ne s'oppose à la sanction parfaite de la nullité (1).

La sanction de la nullité est pratiquement possible

Actuellement, l'obligation pour les actionnaires de ne pas révoquer les administrateurs sans juste cause, contrairement à l'intérêt social, n'est guère qu'une obligation morale. Cette obligation morale, on doit la faire passer dans le droit positif.

Comme on l'a vu au cours de ce travail, cela est conforme au bien commun et aux principes généraux du Droit, enfin cela est pratiquement possible.

(1) Voir « Le Pour et le Contre », les numéros des 20 avril 1930, 30 novembre 1930, et surtout 27 avril 1930. « Empêcher des majorités de circonstance d'opérer des révolutions de palais dans les affaires dont les conseils d'administration n'ont pas démérité, tel est le but auquel doit tendre le législateur. Dans son état actuel, la loi assimile le mandat collectif des administrateurs qui ont la charge d'intérêts répartis souvent entre des millions de capitalistes à un mandat confié par un particulier à un autre particulier, et elle n'établit aucune différence entre les conditions auxquelles peuvent être révoqués deux mandats essentiellement distincts par leur portée et leurs effets. Il y a là une lacune qu'il faudrait pourtant se préoccuper enfin de combler. La révocation d'un conseil en bloc est une mesure si grave de conséquence pour l'avenir d'une société que la loi ne doit la tolérer qu'à des conditions aussi exceptionnelles que sont elles-mêmes exceptionnelles les circonstances la justifiant.

Il appartient au législateur de les définir avec la préoccupation de respecter le droit de contrôle des actionnaires et d'assurer la continuité souhaitable pour la bonne marche économique des entreprises ».

En effet, la révocation des administrateurs n'est pas une mesure tellement fréquente et dénuée d'importance qu'elle ne puisse être soumise au contrôle du Tribunal.

On peut d'ailleurs prendre diverses précautions contre l'abus des voies judiciaires. Il importe d'éviter que des administrateurs coupables retardent l'effet d'une décision révocatoire pour conserver une situation lucrative par d'interminables procédures. Ne pourrait-on prendre diverses garanties contre eux telle que la mise en séquestre ou en consignation des tantièmes pendant toute la durée du procès.

Les tantièmes ainsi consignés ne leur seraient attribués qu'au cas d'annulation par le Tribunal de la décision révocatoire de l'assemblée.

Il semble donc possible de conférer aux administrateurs l'irrévocabilité sans juste cause.

III. — Critiques de l'irrévocabilité sans juste cause

a) IMPOSER UNE AUTORITÉ AUX ACTIONNAIRES FUTURS. — M. Pic et M. Baratin (1) déclarent l'irrévocabilité sans juste cause inapplicable à la société anonyme, la révocabilité souveraine serait nécessaire. Elle s'imposerait à cause de la grande mobilité des titres : « Comment pourrait-il être question de soumettre les actionnaires futurs à une autorité inamovible ? »

RÉPONSE. — Il semble au contraire que cette grande mobilité des titres nécessite la stabilité du Conseil. Il faut qu'un organe au moins dans la société, assure la continuité institutionnelle, cette stabilité de marche indispensable à la bonne gestion. Si on ne peut la demander aux actionnaires, il faut la demander aux administrateurs.

L'inamovibilité des bons administrateurs est une garantie pour tous les actionnaires présents et futurs. La majorité

(1) « Des sociétés à responsabilités limitées, » p. 332.

pouvant fort bien tomber entre des mains malhonnêtes. D'ailleurs la présence et la stabilité d'un conseil honnête et compétent à la tête d'une affaire, détermineront souvent l'achat d'une action, c'est-à-dire l'entrée dans la société de « l'actionnaire futur ». Y a-t-il grand inconvénient à soumettre les « actionnaires futurs » à une gestion bonne par hypothèse? (1)

Ils ne demandent que cela : s'abstenant généralement d'aller aux assemblées, l'essentiel pour les actionnaires présents et futurs est la stabilité d'une bonne gestion.

b) MUTILER LE CONTROLE. — Enfin, disent encore M. Pic et M. Baratin, il est nécessaire de maintenir la révocabilité souveraine parce qu'elle est à la fois un moyen de défense et une sanction contre les abus dont (2) les administrateurs pourraient se rendre coupables, elle garantit les actionnaires contre une mauvaise gestion.

Mais s'il y a abus, mauvaise gestion, il y a juste cause de révocation, la révocabilité pour juste cause garantit les actionnaires contre toute mauvaise gestion, la révocation contrôle suffit, pas n'est besoin de la révocation direction, de la révocabilité souveraine.

c) MÊLER LA MORALE AU DROIT. — Un autre reproche sera certainement fait à l'irrévocabilité sans juste cause, celui de mêler la morale au Droit. C'est l'éternel reproche que l'on fait à la théorie de la finalité des droits.

Est-ce un mal ?

Les résultats de la société anonyme montrent la faillite du volontarisme juridique. On a pu dire que de toutes les institutions, c'est « celle qui se prête le mieux à la grande escroquerie » (3), elle a couvert d'une forme juridique la plupart des spoliations financières commises au cours de ces

(1) En effet, si les administrateurs gèrent mal, ils sont révocables.

(2) M. Pic et M. Baratin, op. cit., p. 332.

(3) Frédéric Sauvage « Les actions en responsabilité contre les administrateurs des sociétés anonymes », 1916, p. 3.

dernières années. A vouloir séparer le Droit de la morale on en fait une arme au service de la piraterie.

GOUVERNEMENT DES JUGES. — On a dit encore : développer le contrôle du Tribunal c'est instaurer le gouvernement des juges, et l'on a repris contre le gouvernement des juges une longue série d'arguments variant ce thème : les juges ne sont pas parfaits.

Sans doute, les juges ne sont pas parfaits, ils participent à la faiblesse humaine, mais à tout prendre, le gouvernement des juges ne vaut-il pas mieux que celui des escrocs ?

IV. — Avantages de l'irrévocabilité sans juste cause

INTUITUS PERSONNÆ. — Si l'on ne peut faire aucune objection sérieuse à l'irrévocabilité sans juste cause, on doit constater qu'elle apporte maints avantages : le contrôle demeure aux actionnaires et la direction est transférée aux administrateurs, elle est investie dans leur personne et devient inaliénable. La prépondérance de l'homme sur l'argent est assurée.

La société anonyme reposait sur le faux postulat de l'argent seul producteur, maître unique de l'entreprise, ce postulat est nié conformément à la réalité des choses : « l'argent « ne devient un capital qu'autant qu'il est investi, et investi « d'une façon productive » (1). Il n'y a pas de capital sans travail pas de production sans l'union du capital et du travail, union dans laquelle le travail joue le rôle actif et doit avoir la prééminence (2). Naguère les administrateurs commandaient au nom de l'argent dont ils étaient les mandataires, désormais ils commanderont au nom du bien commun auquel ils doivent pourvoir.

De mandataire du capital, le directeur est devenu vraiment chef d'entreprise, il n'y a plus seulement entre diri-

(1) Le Temps, 13 juillet 1931, citant M. Renaudel.

(2) Ce qui ne veut pas dire la part du lion dans la répartition des produits.

geants et subordonnés des rapports simplement pécuniaires, il y a encore des rapports d'homme (1). Le directeur peut remplir aussi près des salariés tous les devoirs de l'équité, il ne sera pas révoqué, même s'il en devait résulter une diminution de dividende. Avec les administrateurs, toute l'organisation corporative échappe à la domination du capital.

Les responsabilités de la direction reposant sur quelques personnes peu nombreuses et bien déterminées prennent un caractère effectif.

L'irrévocabilité sans juste cause assure la stabilité aux fondateurs d'une société lorsqu'ils administrent bien. Une famille peut faire appel au public pour le développement de son affaire sans en perdre la direction. Mais le vocable, « d'affaire familial » ne permet pas de dilapider l'épargne publique, car la révocation demeure possible toutes les fois qu'elle est justifiée. De même les capitalistes trompés par des fondateurs malhonnêtes ne seront pas obligés de subir indéfiniment leur direction et de laisser dilapider ce qui pourra rester encore de leur mise : ils pourront révoquer les mauvais fondateurs.

L'irrévocabilité sans juste cause pourra faciliter le renflouement d'une affaire. Les apporteurs de nouveaux capitaux pourront se faire nommer administrateurs s'ils n'ont pas confiance en la gestion de l'ancien conseil. S'ils administrent bien ils seront sûrs de garder l'affaire en mains.

CONTINUITÉ DE LA DIRECTION. — Elle se trouve assurée, les administrateurs pourront pratiquer en toute sécurité une politique de prévoyance, ils sont assurés d'en recueillir les fruits avec la société — leur intérêt coïncide avec celui de la société — aucun changement inutile de direction ne vient jeter le trouble dans le fonctionnement de l'entreprise.

INDÉPENDANCE, SUPPRESSION DU DANGER DE MAINMISE.
— L'inamovibilité des administrateurs assure non seule-

(1) Cf. Le cours du P. A. Valensin, semaine sociale de Toulouse, p. 143, 1921. Il semble que la situation de l'autorité dans l'entreprise s'en trouvera améliorée. Voir M. l'Abbé Danset, L'autorité dans l'entreprise, cours à la semaine sociale de Lyon, 1923, p. 341.

ment l' « intuitus personæ » et la continuité de la direction elle protège encore l'indépendance de l'institution, elle supprime le danger de mainmise.

Un groupe financier peut bien acheter la majorité, il n'acquiert pas ainsi la direction de la société. Tout son pouvoir se bornera à contrôler cette direction. Ainsi est écarté le danger des syndicats de « valorisation ». De même les dangers des contrats léonins imposés par la mainmise de clients ou fournisseurs ; de même encore l'abus forcé des crédits. Un spéculateur acquérant la majorité dans une banque ne pourra plus s'en servir à ses fins.

Nul ne peut plus peser sur les administrateurs par la menace de révocation pour les forcer à prévariquer ; avec la révocabilité « ad nutum » le chantage est supprimé.

MAINMISE ÉTRANGÈRE. — Le danger de mainmise étrangère appelle une mention particulière, il est supprimé lui aussi.

L'étranger peut bien acheter la majorité dans nos sociétés, mais il n'en acquiert pas la direction, car les administrateurs français gardent leur indépendance.

« Mais dira-t-on, les administrateurs français ne sont pas éternels. D'autres les remplaceront un jour, nommés par l'étranger ».

A supposer que la désignation ait porté sur des étrangers, l'influence du milieu, l'accomplissement de leurs fonctions les feront se conduire comme de véritables Français. L'histoire montre de nombreux exemples de naturalisation rapide. Au commencement du XIX^e siècle, nous voyons les souverains créés par Napoléon I^{er} prendre les intérêts de leur fonction, de leur royaume, se retourner contre Napoléon et leur patrie d'origine. De même le roi de Roumanie qui était un Hohenzollern déclara la guerre aux Hohenzollern d'Allemagne.

De même s'ils échappent à la domination du capital étranger, les administrateurs étrangers prendront les intérêts français des affaires qu'ils dirigent : ils administreront en français. La fonction réagit puissamment sur

l'homme. Mieux vaut un étranger attaché à des intérêts français qu'un Français attaché à des intérêts étrangers.

On éviterait d'ailleurs le danger d'une administration hostile aux intérêts du pays en considérant les agissements anti-français (1) comme une juste cause de révocation. On pourrait reconnaître à la minorité la faculté de demander au Tribunal la révocation (2) d'administrateurs étrangers dont la politique porterait atteinte aux intérêts supérieurs du pays.

Mais les administrateurs nommés par les capitalistes étrangers ne seront pas forcément étrangers surtout si l'on considère la nationalité de la direction comme un élément essentiel de la nationalité de la société (3).

Les pouvoirs publics pourraient imposer aux sociétés qui traitent avec eux l'obligation d'avoir un administrateur français lorsqu'elle n'en ont qu'un, une majorité d'administrateurs français lorsqu'elles en ont plusieurs. Enfin à la rigueur une disposition législative ne pourrait-elle imposer ces règles à toutes les sociétés françaises, comme le fait le projet de code de commerce roumain ? (4).

Le système ici proposé présente cet avantage qu'il sert le but désiré sans pouvoir se retourner contre lui. Il ne peut jamais comme le vote plural faciliter la mainmise étrangère.

SUPPRESSION DE LA FUSION ET DE LA CONCENTRATION VIRTUELLES. — Avec le danger de mainmise disparaît le danger de fusion virtuelle. Lorsque les entreprises voudront fusionner elles fondront leurs deux patrimoines en un seul dans les formes légales. Une direction ne pourra plus acheter l'au-

(1) Rappelons, par exemple, les faits signalés par M. Tissier au Sénat, le 20 mars 1931. (Débats parlement. Sénat, n° 99). D'après lequel des sociétés directement ou indirectement italiennes mettraient la main sur nos forces hydrauliques des Alpes, pour faire aussitôt monter le prix du kilowatt afin d'accroître le prix des fabrications en France pendant qu'elles baissent en Italie.

(2) Sur l'action en révocation accordée à la minorité, voir plus loin, ch. XXIV.

(3) Ce serait consacrer la théorie dite « du contrôle ».

(4) Voir M. Cohen, étude du projet de code de commerce roumain, Bulletin mensuel de la Société de Législation comparée, année 1931, p. 187.

tre, réalisant cette unité d'autorité dans une diversité de patrimoines si propice à toutes les fraudes.

Comme elle s'oppose à la fusion virtuelle, l'irrévocabilité sans juste cause s'opposera à la concentration virtuelle.

Sans doute elle n'empêchera pas les fusions normales qui ont pour but de supprimer les doubles emplois, elle n'empêchera pas cette concentration qui a pour but la spécialisation, la rationalisation et qui est bonne.

Par contre elle s'oppose à l'organisation générale par concentration réalisée au moyen de holdings, elle supprime dans les rapports des entreprises cette fausse notion de mandat, de délégation de pouvoir qui est par excellence l'instrument juridique de toute centralisation.

Les holdings pourront bien se former mais ils ne pourront plus absorber la personnalité de leurs filiales, ils ne pourront plus épuiser leur trésorerie par des emprunts abusifs ou les spolier par des contrats léonins. Ils ne pourront plus exiger que des choses justes, car ils ne peuvent révoquer les administrateurs de leurs filiales que pour des causes justes. Les sociétés de portefeuille n'absorbent plus la direction de leurs filiales parce que celle-ci n'appartient plus aux actions qu'ils possèdent. La Holding compagnie n'est plus une forme de trust mais une simple société de placement ou encore une forme perfectionnée de cartel.

FACILITE LA FÉDÉRATION. — L'irrévocabilité sans juste cause favorise l'organisation par fédération. En effet les obligations nées d'un cartel ne reçoivent généralement que la sanction des dommages et intérêts. L'organisme qui refuse d'accomplir sa fonction devra payer une somme d'argent mais il ne pourra être contraint à l'exécution en nature.

Existe-t-il un lien fédératif plus impérieux, l'institution des entreprises pourra-t-elle atteindre une forme plus parfaite ?

La notion de juste cause de révocation introduite dans les rapports de la filiale et de la société mère va nous apporter

un lien fédératif plus étroit. L'indépendance des administrateurs, donc de la filiale, peut être limitée par une clause statutaire. Il suffira que la filiale inscrive dans ses statuts ses obligations envers la société mère. Cette dernière pourra obtenir l'exécution en nature des obligations inscrites dans les statuts, car elle pourra révoquer les administrateurs qui s'y refuseraient pour la juste cause de violation des statuts. La dépendance de la filiale est assurée dans la mesure où elle est nécessaire au bon fonctionnement du tout économique, mais son indépendance demeure entière sur tous les autres points.

La filiale est subordonnée dans la limite des clauses statutaires parce qu'elle fait partie d'un tout, d'une institution supérieure, mais elle n'est pas absorbée par ce tout, elle garde son autonomie individuelle dans l'accomplissement de sa fonction propre.

Ainsi la spécialité découle de la finalité et les deux ensemble produisent une organisation fédéraliste.

Introduite dans le pouvoir de la cellule : la société anonyme, la notion de finalité tend à donner au corps économique tout entier une forme fédéraliste.

Ce n'est pas l'effet le moins précieux de l'irrévocabilité sans juste cause. La forme fédéraliste aura des conséquences excellentes au point de vue politique. Une corporation ne se présente plus comme un bloc énorme, mais comme une pyramide. Les chefs de la production voient leur puissance diminuée par l'indépendance de leurs subordonnés, le pouvoir politique échappe à leur domination et les fait retomber sous son contrôle.

Comme le cartel est préférable au trust, le fédéralisme à la concentration, l'irrévocabilité sans juste cause est préférable à la révocabilité souveraine.

CHAPITRE XXI

L'irrévocabilité sans juste cause et la loi positive

I. — Etat actuel du Droit

La finalisation de la révocabilité, l'irrévocabilité sans juste cause, est-elle incompatible avec la loi de 1867 et l'état actuel des textes ?

ESPRIT DE LA LOI. — L'esprit de la loi de 1867 paraît s'opposer à l'irrévocabilité sans juste cause et demander la révocabilité « ad nutum ». Malgré quelques contradictions de texte il est contractuel et non institutionnel ; il tend à instaurer l' « intuitus pecuniæ » au détriment de l' « intuitus personne » ; en un mot cette maîtrise de l'argent que réalise la révocabilité « ad nutum ».

Mais cet esprit de la loi de 1867 impose-t-il une règle impérative à défaut de texte précis voté et promulgué. Ce n'est pas certain. La jurisprudence s'est plus d'une fois écartée de l'esprit de la loi de 1867. Tout d'abord, elle a reconnu assez facilement la validité des clauses rétablissant l' « intuitus personne » (telles que les clauses restrictives de transmissibilité ou limitatives du nombre de voix dont peuvent disposer les gros actionnaires).

Elle a admis la validité des actions à vote privilégié qui suppriment non seulement la direction mais encore le contrôle du capital.

Transformation plus radicale, elle a abandonné la théorie contractuelle pour consacrer la théorie institutionnelle.

L'esprit de 1931 n'est plus celui de 1867. De la grande loi qui régit nos sociétés il ne reste plus aujourd'hui que le texte.

LETTRE. — Dans l'article 22 il n'est nullement question du caractère souverain de la révocabilité. La société est administrée par des mandataires « révocables » avait dit la loi, « révocables ad nutum » ajoutèrent la doctrine et la jurisprudence s'appuyant sur l'esprit de la loi.

Au point de vue juridique, cette solution n'est peut-être pas incontestable : elle étend un texte prohibitif. La loi de 1867 avait seulement prohibé les clauses restreignant ou supprimant le droit de révocation lui-même. Mais elle n'a pas prohibé les clauses limitant l'exercice du droit de révocation par la notion de finalité. De telles clauses en effet ne limitent pas le droit lui-même mais seulement la souveraineté de son titulaire. Celui-ci conserve son droit intact, mais il doit l'exercer suivant une certaine fin.

OPINIONS FAVORABLES. — La faculté, pour les statuts, de limiter le droit de révocation a été reconnue par plusieurs auteurs notables du siècle dernier.

Au moment de la promulgation de la loi de 1867, Alauzet (1) et Dutruc (2) soutenaient que les statuts pouvaient subordonner la révocabilité des administrateurs à l'existence de justes causes limitativement énumérées.

Cette opinion n'est pas sans provoquer quelques critiques de M. Bourguignat. Ce dernier, comme eux, est partisan de l'irrévocabilité sans juste cause. Mais les causes de révocation ne peuvent faire l'objet d'une énumération limitative. Tout motif raisonnable suffit, les statuts ne

(1) Alauzet. Commentaire du Code de Commerce n° 334.

(2) Dutruc. Contentieux commercial Sociétés n° 1233.

peuvent en éliminer aucun par une énumération restrictive.

Citons-le :

« Rien dans les principes, rien dans la loi spéciale ne « s'y oppose dès que le droit de révocation, qui en général « appartient au mandant, n'est point par là supprimé et « du moment surtout que ce droit persiste « *pour toute* « *cause légitime* », quoi de moins exorbitant, quoi de plus « naturel au contraire qu'une telle condition. N'est-ce pas « simplement subordonner le droit de révocation aux règles « du juste, de l'équitable et du bon sens ». (1)

JURISPRUDENCE. — La jurisprudence fut d'abord incertaine, quelques décisions admirent même la validité de la clause soumettant la révocation des administrateurs à la nécessité d'une juste cause.

L'art. 42 des statuts d'une société anonyme la « Caisse méridionale » soumettait la révocation du directeur général à la nécessité d'une cause juste et grave.

Le conseil d'administration cependant ne tarda pas à prononcer la révocation du directeur général et la fit ensuite prononcer par l'assemblée.

La mesure fut deux fois annulée par le Tribunal de Commerce comme illégale. A la suite de ces décisions, l'assemblée a révoqué une troisième fois le directeur général. Celui-ci, M. Marcaillou-Lépine se pourvoit devant le Tribunal de Commerce qui, le 6 juin 1875, le déboute déclarant qu'il y avait des motifs de révocation.

Le 25 août 1876 (2), sur appel, la Cour de Toulouse, déclare les motifs non prouvés ou insuffisants et réforme le jugement de première instance déclarant que Marcaillou Lépine a été révoqué sans motifs graves contrairement à l'article 42 des statuts et condamne la société anonyme,

(1) Bourguignat. Note sous Cassation, Sirey 1869-1-57. Cf. Mathieu et Bourguignat, n° 172, Bourguignat était en son temps un juriste fort apprécié.

(2) Sirey 1877-2-237.

la « Caisse Méridionale », à payer 40,000 fr. de dommages et intérêts, elle admettait donc la validité de l'article 42.

Le 30 avril 1878 (1), la Cour de Cassation cassa cet arrêt pour avoir donné à l'article 42 des statuts un sens qui violerait une règle d'ordre public contenue dans les articles 22 et 41 de la loi de 1867.

« Vu l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. Attendu « qu'aux termes de cet article les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires révocables, que l'article 41 de la loi précitée en attachant la peine de nullité « à l'inobservation de cette disposition lui a imprimé le « caractère d'une règle d'ordre public à laquelle il n'est « pas permis de déroger, notamment par des clauses qui, « enlevant à la société le droit absolu de révoquer ses mandataires, conférerait aux Tribunaux le pouvoir de contrôler les causes de révocation ».

« Attendu sur l'article 42, que dans les sociétés anonymes « la révocabilité des mandataires est essentielle et par suite « absolue » (2) dira sur renvoi la Cour d'Agen.

Que la révocabilité des administrateurs soit essentielle, d'ordre public, nul ne le conteste. — Pour quel motif est-elle absolue et doit-elle nécessairement échapper au contrôle des tribunaux ? Ni la Cour de Cassation, ni la Cour d'Agen ne l'ont dit.

Fixée après cet arrêt, la jurisprudence n'a cessé d'affirmer, sans d'ailleurs le motiver davantage (3) le caractère souverain de la révocabilité.

Cependant la jurisprudence la plus récente paraît bien avoir quelque tendance à limer la révocabilité souveraine

(1) D. P. 1878-1-314.

(2) 7 janvier 1879. D. P. 79-2-247.

(3) Cassation, 10 janvier 1881-1-161 - 2 juillet 1888, D. 89-1-184 ; 5 juillet 1893, D. 94-1-41 ; 26 décembre 1910, D. 12-1-441 et note Thaller ; Paris 13 décembre 1883, D. 85-2-8 ; Paris, 19 juillet 1892, D. 93-5-560 ; Rouen, 6 avril 1909, S. 10-2-233.

à raison de ses inconvénients (1). C'est ainsi qu'elle accorde au directeur technique le bénéfice de la loi du 27 décembre 1890 Article 1780 c. civ. Mais elle en refuse l'application au directeur général et aux administrateurs ou mandataires généraux considérés en tant que tels.

Quelques arrêts soumettent l'exercice de la révocation à conditions de formes, mais aucun n'a encore vraiment admis l'abus de droit, le détournement de pouvoir. C'est ainsi notamment qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 juin 1924 (2), admet une responsabilité pour défaut de forme dans la révocation des administrateurs. Le même arrêt par ailleurs reconnaît à la majorité un droit de révocation souverain insusceptible d'abus dont les motifs échappent au contrôle du Tribunal.

Ainsi pendant longtemps peut-être encore la jurisprudence refusera aux décisions de révocation l'application de la théorie institutionnelle. Il semble que ce soit là une fâcheuse incohérence. Les décisions dolosives que la jurisprudence a jusqu'ici annulées au nom de la théorie de l'abus de droit causeraient un préjudice immédiat, facile à voir, mais beaucoup plus limité. S'il est une décision qui doit être soumise aux règles de l'abus de droit, c'est bien celle de la révocation parce qu'elle engage la direction, l'avenir tout entier de la société.

II. — Intervention du législateur

Organe et formes de la révocation

DISPOSITION IMPÉRATIVE ? — Il semble donc que l'intervention du législateur s'impose. La logique de la théorie institutionnelle et l'ordre public sembleraient demander la substitution de l'irrévocabilité sans juste cause à la révo-

(1) Cf. M. Pic. op. cit., t. II, p. 596, Trib. comm. Seine, 14 déc. 1907, Gaz. Pal. 1908-1-115, Trib. civ. Seine 30 déc. 1908 ; Journ. des Soc. 1909-331 ; Bordeaux, 19 juillet 1909, Rev. des Soc. 1910-77 et 25 mars 1912, Journ. Soc. 12-457 ; Douai, 20 nov. 1913, p. 5-1914, p. 306 ; Lyon 15 nov. 1913, J. S. 1921, p. 260.

(2) Rev. tr. de D^t civ. 1925 - N° 1003.

cabilité « ad nutum », comme une règle impérative dans les sociétés par actions (1).

SUPPLÉTIVE. — On y arrivera peut-être un jour (2). Mais actuellement il semble qu'il faille ménager les transitions, ne pas passer trop brusquement d'un régime à un autre opposé. Aussi pourrait-on donner aux statuts la liberté d'adopter l'irrévocabilité sans juste cause sans l'imposer comme une règle impérative.

Cette clause est destinée à remplacer le moyen de défense aujourd'hui obtenu des actions spéciales condamnées à disparaître.

Ainsi conçue la réforme rencontrera peut-être moins d'opposition chez les libéraux : elle se présente comme une extension de la liberté des statuts.

Les partisans des théories volontaristes et de la conception contractuelle de la société anonyme n'y pourront rien objecter puisque le contrôle du Tribunal est ici sollicité par la volonté des individus contractants.

III. — Mise en Œuvre de la notion de juste motif

Comment va-t-on mettre en œuvre la notion de juste cause ?

Diverses solutions sont possibles, donnons-en quelques-unes à titre indicatif.

a) ASSEMBLÉE DÉCISION NON MOTIVÉE. — Tout d'abord la simple application des règles générales de l'abus de droit.

(1) A cause des divers dangers de mainmise et de concentration.

(2) La matière des sociétés subit en Droit romain, une évolution analogue. Les rapports des associés entre eux sont demeurés un certain temps en dehors du droit positif et du contrôle du juge. Mais la nécessité d'une sanction a dû se faire sentir de bonne heure ; alors que des conflits d'intérêts pouvaient surgir à chaque instant, il était bon de donner aux associés la faculté de réclamer « l'arbitrage d'un homme de bien ». Arbitrium pro socio (Cf. Cicéron, p. Quint. 3. - P. Coec. 7 p. Rosc. Com. 25-26 Ulpien h. t. 57). Celui-ci fixait à chacun son devoir. C'est le principe du contrôle facultatif préconisé au texte. Enfin, au dernier siècle de la République, cet arbitrage a été transformé en une action de bonne foi, ouverte sur stipulation expresse, l'action pro socio voir M. Cuq. Manuel des Institutions juridiques des Romains, p. 495.

Agir est le fait habituel des hommes, aussi la présomption est-elle en faveur de l'usage des Droits, en faveur du mouvement.

L'auteur d'un acte n'a pas à en donner les raisons. Au demandeur qui veut l'attaquer, incombe la charge d'établir l'usage anormal du droit ; c'est-à-dire de démontrer le mobile illégitime ou l'absence de motif légitime justifiant l'acte. Comme aujourd'hui l'assemblée des actionnaires prononce la révocation par une décision non motivée.

INNOVATION. — Les administrateurs peuvent demander en justice la nullité de cette décision, à charge de prouver qu'elle est dépourvue de motif légitime, dictée par un mobile illégitime, soit par exemple le désir de nuire à la société.

Un concurrent, maître de la majorité, a enjoint aux administrateurs de laisser périliter la société. Ils ont refusé d'obéir à cet ordre. C'est pourquoi le concurrent les révoque, afin de les remplacer par des complices. La révocation sera nulle. La jurisprudence pourrait l'admettre si elle consacrait la théorie institutionnelle dans toute sa logique en soumettant la révocation des administrateurs aux mêmes règles que les autres décisions des Assemblées (1).

C'est ainsi qu'en Allemagne une juridiction a annulé une délibération d'assemblée générale qui révoquait le directeur de la société en considérant que cette révocation imméritée était contraire à l'intérêt social (2).

Cette solution pourrait être adoptée en France en l'absence d'un texte législatif nouveau, voire même d'une clause statutaire spéciale.

(1) Cf. Dans la Revue des Sociétés, mars 1931, p. 114, les motifs d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 6 mai 1930 sur la nullité d'une résolution prise par une assemblée générale : « Attendu... ni qu'ils aient usé de leur droit de modifier les statuts sociaux dans une intention malicieuse ou sans avoir en vue un intérêt général appréciable ». Le moyen d'abus de droit est rejeté.

(2) Cf. Obertribunal, 61-311, cité par Klostermann-Thielmann (Das preuzische Bergrecht - 6 ed. 1911, note 6 sur l'art. 115). Cf. M. R. David, op. cit., p. 150, à qui cette citation est d'ailleurs empruntée.

Le moyen de défense obtenu par l'application des règles générales de l'abus de Droit serait peut-être insuffisant.

Attaquant une décision non motivée, les administrateurs auraient à faire la preuve par exemple d'un chantage qui ne se sera généralement pas produit devant témoins, ni souvent sous une forme explicite. Ils devraient tout au moins prouver qu'il n'existe contre eux aucun motif légitime de révocation : preuve négative et générale, très difficile à administrer.

Bien souvent les attaques contre la société réussiraient, le conseil devra subir la révocation abusive parce qu'il succombera sous le fardeau de la preuve.

b) SUBSTITUTION DU TRIBUNAL A L'ASSEMBLÉE. — A l'opposé, une autre solution consisterait à faire prononcer la révocation des administrateurs non plus par l'Assemblée mais par l'autorité de justice, comme celle des gérants statutaires des sociétés par intérêts.

La révocation des administrateurs serait demandée au Tribunal par une action sociale exercée au nom de l'assemblée qui aurait la charge de prouver l'existence des causes de révocation.

Ce système donne aux administrateurs toute la stabilité nécessaire, peut-être même un peu plus qu'il n'en faut : la charge de la preuve demanderait à l'assemblée ou à ses mandataires un gros effort et rendrait peut-être la révocation trop difficile. Des administrateurs douteux mais habiles se maintiendraient au pouvoir triomphant d'une action mollement conduite.

Enfin cette solution a tout au moins l'inconvénient de rendre le procès obligatoire.

ASSEMBLÉE DÉCISION MOTIVÉE. Dans un troisième système on fera prononcer la révocation non plus par le Tribunal mais par l'assemblée en vertu d'une décision motivée.

Cette obligation d'énoncer les motifs de la révocation n'a rien de dangereux lorsque la révocation n'est pas l'œuvre

d'un groupe financier, poursuivant un but de mainmise, elle est normalement précédée d'une discussion où sont énumérés les faits qui entraînent la décision des actionnaires. Ces faits sont consignés au procès-verbal de l'assemblée souvent publiés dans les compte rendus de presse. On ne saurait donc invoquer ici le fameux « secret des affaires ».

Si les administrateurs s'inclinent devant la décision de l'assemblée tout est fini. Si au contraire ils attaquent la révocation une question se pose : la charge de prouver au Tribunal l'existence des faits allégués, incombera-t-elle à l'assemblée ou à ses mandataires ? Nous retomberions dans l'hypothèse critiquée plus haut.

Ne vaut-il pas mieux laisser aux administrateurs qui attaquent la décision, la charge de prouver l'inexistence des motifs sur lesquels elle est fondée.

Une telle disposition ne s'éloigne pas beaucoup des règles générales de la preuve en matière d'abus de droit. Elle diffère de la première solution (1) par cela seulement qu'elle impose à l'assemblée l'obligation d'énoncer les motifs de son acte.

Ainsi la charge de la preuve de l'abus de droit n'est pas déplacée mais seulement circonscrite et par là facilitée.

Attaquant la révocation, les administrateurs n'ont pas à faire la preuve générale « qu'il ne peut exister contre eux aucune cause légitime de révocation » mais seulement cette preuve bien plus facile que « tels faits visés dans la décision ne se sont pas produits ».

Cette faveur exceptionnelle accordée au demandeur contre la décision se justifie, si l'on considère la révocation comme une dérogation à la règle de continuité : un acte exceptionnel (2).

Si généralement une présomption de légitimité vient dispenser l'auteur d'un acte d'en donner les motifs, c'est

(1) Cf. plus haut page 200.

(2) Cf. En ce sens, « Le Pour et le Contre », 27 avril 1930.

parce que généralement l'usage d'un droit est le fait normal et habituel.

Au contraire lorsque, par exception, l'usage d'un droit est normalement rare, souvent illégitime, la présomption est en faveur du « statu quo » elle se retourne contre l'auteur de l'acte qui doit alors le justifier par des motifs. M. Josserand cite même des cas où la charge de la preuve se trouve renversée (1).

Exiger que la révocation des administrateurs soit motivée, c'est demander bien moins, c'est demander seulement qu'elle soit soumise au même régime que les décisions administratives, valables par elles-mêmes mais motivées pour en éviter les abus ou en faciliter la réforme.

Selon la théorie institutionnelle la vie organique des sociétés anonymes est comme la vie administrative dominée par le bien commun à poursuivre. De même que les pouvoirs administratifs, le pouvoir de l'assemblée n'a pas pour but l'intérêt égoïste de l'agent mais un intérêt général.

N'est-il pas bon que pour la révocation des administrateurs la décision si grave de l'assemblée soit motivée comme un acte administratif ?

CONCLUSION. — En résumé, la tâche de l'assemblée demeure facile, elle se borne à annexer à la décision les motifs énoncés dans la discussion. La décision est par elle-même valable comme aujourd'hui. Innovation : les administrateurs ont un recours contre les coups de force. Ils peuvent attaquer la décision de la majorité et la faire réformer par le Tribunal pour cause d'abus de droit. La preuve sera facilitée parce que circonscrite.

Révocation facile, réformation facile.

Entre le maintien du régime actuel, ces diverses solutions et d'autres encore, le législateur choisira ou plutôt laissera les statuts choisir.

(1) Cf. M. Josserand. Essai de téléologie juridique, n° 317. Ne peut-on les rattacher à cette idée ?

DES CAUSES DE RÉVOCATION. — Rappelons ici les suggestions du journal « Le Pour et le Contre » : « La révocation d'un conseil en bloc est une mesure si grosse de conséquences pour l'avenir d'une société que la loi ne doit la tolérer qu'à des conditions aussi exceptionnelles que sont elles-mêmes exceptionnelles les circonstances la justifiant. Il appartient au législateur de les définir avec la préoccupation de respecter le droit de contrôle des actionnaires, d'assurer la continuité souhaitable pour la bonne marche économique des entreprises » (1).

GRAVITÉ. — La révocation des administrateurs ne doit pas être possible pour des causes futiles mais seulement pour des causes graves.

La jurisprudence pourrait considérer comme cause de révocation toutes celles qui permettent de demander la dissolution de la société en vertu de l'article 1871. Elle pourrait peut-être même admettre la révocation un peu plus facilement, se contentant de causes un peu moins graves.

La révocation des administrateurs si grave qu'elle soit, l'est moins cependant que la dissolution anticipée de la société.

Néanmoins, si l'on veut obtenir le moyen de défense efficace demandé par le « Pour et le Contre », il faudra toujours exiger une cause sérieuse (2). C'est peut-être la seule directive que le législateur puisse donner au juge sur ce point.

On peut penser enfin que, conformément aux principes de la théorie de l'abus de droit, de jurisprudence tiendra compte, non seulement des motifs de la révocation, mais aussi des mobiles de l'agent (3). La majorité qui a prononcé la révocation a-t-elle eu pour but la bonne administration

(1) « Le Pour et le Contre », 27 avril 1930.

(2) Actuellement, hors le cas de mainmise, les administrateurs ne sont guère renversés en fait sans qu'ils aient commis des fautes graves. Ce fait il, faut le transformer en Droit en écartant le danger de mainmise par le recours au Tribunal. Par ailleurs, une action en révocation des administrateurs pour juste cause accordée à la minorité pourra suppléer à l'inertie de l'assemblée.

(3) Cf. M. Josserand, *Essai de Téléologie juridique*, n° 132 à 134 et 321.

de la société ou au contraire une mainmise en vue d'une combinaison douteuse ?

ENUMÉRATION LIMITATIVE. — Les causes de révocation ne peuvent-elles faire l'objet d'une énumération limitative dans un texte légal ?

Il semble que ce soit difficile. Les formes de la négligence ou de la mauvaise foi sont infiniment nombreuses. Les énumérer restrictivement, serait donner une grande charte aux malhonnêtes gens qui passeront toujours entre les mailles du filet tendu par la loi. Admettre sous une forme générale les causes de « négligence » ou de « mauvaise foi », c'est permettre à la jurisprudence de faire rentrer sous ces vocables toute cause raisonnable, c'est s'en remettre à la prudence des juges. Ne vaut-il pas mieux le dire tout simplement ?

CONCLUSION. — Le législateur, ou mieux les statuts, peuvent subordonner la révocation à la nécessité de causes justes et graves, mais ils doivent laisser leur appréciation à la prudence des juges et n'en éliminer aucune.

IV. — **Durée de la fonction d'administrateur**

L'irrévocabilité sans juste cause serait dépourvue d'effets pratiques si les administrateurs restaient obligatoirement soumis à des réélections rapprochées, Au lieu de révoquer les administrateurs, on se bornerait à ne pas les réélire : l'opération serait juridiquement différente, mais le résultat pratique le même. Il importe donc de supprimer les limites établies par l'art. 22 à la durée des fonctions d'administrateurs.

TEXTE PROPOSÉ. — On pourrait rédiger l'article 22 comme suit :

« Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps ou à vie, révocables « ad nutum » ou irrévocables sans juste cause, salariés ou gratuits, pris parmi les associés ».

CARACTÈRE. — Le terme de directeur ou de gérant serait peut-être plus exact que celui de mandataire qui convient mal à une fonction d'autorité. Mais il ne faut pas trop changer les dénominations en usage, cela suscite quelquefois des oppositions inutiles.

OBLIGATION D'ÊTRE ACTIONNAIRE. — De même la nécessité de choisir tous les administrateurs (1) parmi les actionnaires n'apparaît pas d'une façon bien nette. Les administrateurs, ou tout au moins l'administrateur délégué ou le directeur général devraient être considérés comme associés, à raison de la fonction de direction qu'ils remplissent ; ils mettent en valeur le capital apporté par les actionnaires. Ces derniers apportent à la société le capital, les administrateurs le travail de direction. La production sera le fruit de leur collaboration.

Si l'on envisage les autres aspects de la fonction d'administrateur, il semble qu'elle doive mériter vraiment le nom de société.

En effet, la rémunération est généralement proportionnelle aux bénéfices, s'il n'y a pas de bénéfices, il n'y a pas de tantièmes.

Le travail des administrateurs sera fourni en pure perte. Leur rémunération comporte donc certaine participation aux bénéfices et aux pertes.

Enfin, l'irrévocabilité sans juste cause a supprimé cette subordination des administrateurs vis à vis des actionnaires qui est pour beaucoup d'auteurs exclusive de la société.

Cependant comme l'obligation imposée aux administrateurs de posséder une action n'est guère gênante, en pratique on pourra la laisser subsister pour éviter maintes controverses.

(1) La loi anglaise sur les sociétés. Le *companies act.* de 1908, n'impose pas aux administrateurs l'obligation de posséder des actions. Voir en ce sens : Curti, Manuel de Droit civil et commercial anglais, Payot, édit. p. 385, cf. M. Massonard, op. cit. p. 80.

On peut concevoir par ailleurs que l'on impose à l'ensemble des administrateurs l'obligation de posséder une certaine fraction du capital social. Souvent l'administration délégué seul dirige. Les autres administrateurs jouent le rôle d'un conseil de surveillance. Il est bon qu'un organe de contrôle supporte largement les risques sociaux.

**V. — Comparaison du régime éventuel
de la société anonyme et du régime actuel des autres
types de sociétés.**

Le nouveau régime de la direction de la société anonyme ne serait guère que le retour au droit commun des sociétés.

SOCIÉTÉS DE PERSONNES. — L'irrévocabilité sans juste cause est le régime de droit commun pour les gérants statutaires selon l'article 1856 c. civ. Celui-ci s'applique non seulement aux sociétés civiles, mais encore à toutes les sociétés commerciales, sauf dispositions exceptionnelles des statuts ou de la loi. La loi de 1867 a dérogé à ce droit commun en ce qui concerne les sociétés anonymes. (1)

Pour les administrateurs non statutaires, l'article 1856 établit le principe de la révocabilité « ad nutum », mais ce principe n'est nullement impératif comme l'article 22 de la loi de 1867 : les statuts peuvent établir l'irrévocabilité sans juste cause, la clause est fréquente dans la société en commandite par actions. Ne conviendrait-il pas d'accorder cette liberté à nos sociétés anonymes ?

SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE. — Constatons enfin que l'irrévocabilité sans juste cause est non seulement possible mais qu'elle est le régime légal dans la société à responsabilité limitée. Celle-ci récemment introduite en France depuis la loi de 1925 fonctionne dans l'Europe centrale depuis une quarantaine d'années.

Cependant la révocabilité souveraine serait plus facile à justifier dans la société à responsabilité limitée que dans la société anonyme.

En effet, dans la société à responsabilité limitée, la collaboration institutionnelle peut être beaucoup plus développée. Les associés appartiennent à la même famille, au même

(1) Cf. M^r Pic. Des Sociétés commerciales, T 1^{er}, pages 589 et suivantes.

milieu, voire au même métier, ils connaissent les biens meubles et immeubles qui composent l'actif social ; ils connaissent l'usine et son fonctionnement, en un mot, ils ont des connaissances sérieuses sur la conduite des affaires sociales, leur possibilité de collaboration étant plus étendue que celle des actionnaires de sociétés anonymes, on comprendrait sans peine que leur pouvoir le fût aussi.

La loi de différenciation des fonctions joue moins impérieusement dans la société à responsabilité limitée que dans la société anonyme. L'exercice de la direction par l'assemblée générale y est moins impossible.

Enfin, dans la société à responsabilité limitée, le danger de mainmise, si grave dans les sociétés anonymes, est presque inexistant. La cessibilité des parts y est restreinte de telle façon qu'aucune intrusion dangereuse n'est à redouter.

CONCLUSION. — L'irrévocabilité sans juste cause est plus impérieusement nécessaire dans la société anonyme que dans aucun autre type de société.

Plus qu'aucune autre, la société anonyme présente les caractères d'une institution, plus qu'aucune autre elle doit être soumise aux règles de la vie institutionnelle.

CHAPITRE XXII

La règle de spécialité et les modifications qui se produisent dans l'organisme à l'occasion de son fonctionnement

I. — En modifiant l'organisme, on modifie son fonctionnement

Une société fabrique de la soie artificielle, doit-elle la fabriquer par le procédé X ou le procédé Z ?

Il s'agit de déterminer dans le silence des statuts les voies et moyens par lesquels la société réalisera son objet, l'institution atteindra sa fin.

En théorie, la révocabilité souveraine permet à l'assemblée ordinaire de dicter sa volonté aux administrateurs sur ce point. Le grand public a-t-il des notions bien précises sur les avantages et les inconvénients respectifs des divers procédés de fabrication de la soie artificielle ? Peut-on dans, une situation donnée, trouver beaucoup de lignes de conduite également bonnes ? L'assemblée ordinaire use-t-elle souvent de son pouvoir de détermination ? Il est permis d'en douter, En fait, ici encore, les administrateurs sont omnipotents sous le couvert de l'assemblée ordinaire.

L'irrévocabilité sans juste cause va-t-elle transformer cette omnipotence de fait en droit et attribuer aux administrateurs, non seulement la direction, mais encore le pouvoir de modifier arbitrairement l'organisme ?

Non, le pouvoir des administrateurs n'aura rien de dictatorial, il demeurera en tous points contrôlé et limité par les assemblées.

L'assemblée ordinaire pourra convoquer une assemblée extraordinaire. Celle-ci spécifiera dans les statuts — si bon lui semble — que la société fabriquera la soie artificielle par le procédé X à l'exclusion du procédé Z.

La règle de spécialité prescrit la compétence de l'assemblée extraordinaire. En effet, le soin de déterminer les voies et moyens par lesquels l'institution atteindra sa fin est le rôle essentiel des assemblées extraordinaires. Leur intervention donne bien plus de garanties que le système de la révocabilité souveraine. Celle-ci soumet en effet implicitement des questions très graves à l'assemblée ordinaire, c'est-à-dire qu'elles sont souvent tranchées par des majorités de complaisance ou de hasard. La nécessité de modifier les statuts portera ces questions importantes devant les assemblées extraordinaires. Ces dernières par leurs conditions exceptionnelles de quorum et de majorité, assureront, autant que possible, le contrôle de l'épargne.

Un progrès appréciable sera réalisé par l'application de la règle institutionnelle de spécialité.

II, — En fonctionnant l'organisme se modifie

Des réserves et participations

En vertu de la même règle de spécialité, les modifications organiques qui surviennent à l'occasion du fonctionnement de la société doivent être, elles aussi, soumises à la compétence des assemblées extraordinaires.

Une des questions les plus délicates que soulève le fonctionnement de la société anonyme est celle des mises à la réserve des bénéfices distribuables et des prises de participations.

Elle touche au « contrôle » puisqu'elle est posée par le fonctionnement habituel et normal de la société anonyme

elle se rattache aux modifications de la société, puisqu'il s'agit en somme, d'augmenter le capital de la société, quelquefois même de modifier son objet, lorsque les réserves sont investies en « Participations » dans des entreprises d'une autre nature.

ABUS DES RÉSERVES.— Au lieu de distribuer ses bénéfices annuels, la société les garde en réserve pour augmenter sa puissance. Au point de vue économique, sinon au point de vue juridique, il y a augmentation de capital forcée, puisqu'elle est imposée à la minorité par la majorité de l'assemblée. Cette pratique s'est souvent montrée pleine de dangers pour les actionnaires qui se sont vus spoliés de tout ou partie des bénéfices, sinon même de leur capital.

On objecte que les actionnaires retrouveront les sommes mises en réserve sous forme de titres. On ne distribue pas de dividende, soit, mais la hausse du titre en Bourse dédommagera son propriétaire.

L'expérience montre qu'il en est souvent autrement. La société ne distribue pas ses bénéfices, les met en réserve, augmente ainsi son capital économique, et cependant la capitalisation boursière de ses actions diminue.

Non seulement l'actionnaire ne reçoit pas de dividende, mais il a la mauvaise surprise de voir son titre baisser.

Empruntons ici un exemple à M. Paul Durand (1) : « Sans « aucun danger pour la société (Comptoir central de crédit) « un dividende sensiblement double de celui qui a été servi « aurait pu être distribué en totalité. Comme chaque année « en avril, les porteurs l'escomptaient et l'action s'est élevée « jusqu'à 235 francs avant coupon, le Conseil a brisé cet envol « en maintenant le dividende servi, et les cours sont aussitôt « revenus stagner autour de 200, chiffre qui en rien ne représente leur valeur de liquidation. »

De fait, certaines Holdings ayant cessé leurs répartitions sont cotées à moins de 50 % de leur valeur intrinsèque.

(1) Spes 1930, p. 48 et 49. Consulter aussi M. Lucien Bailly, « Défense des actionnaires et finances minières », Nancy 1930.

Sans doute, dira-t-on, les actionnaires ne reçoivent point de dividende et perdent momentanément leur capital, mais eux ou leurs enfants retrouveront à la liquidation de la société leur capital intact, augmenté de tous les bénéfices mis en réserve, accru des intérêts composés de ces bénéfices.

Nous verrons plus loin que tous les bénéfices réalisés à l'aide des réserves sont loin de profiter à la société et aux actionnaires. Nous nous bornerons à rappeler (1) que notre droit permet actuellement de reculer indéfiniment la liquidation par prorogations successives de la société.

En poussant aux extrêmes une hypothèse imparfaitement réalisée, le plus souvent on arrive à dire ceci : « L'actionnaire ne reçoit point de dividende, il ne lui reste plus que l'espérance d'une liquidation qui n'aura jamais lieu ».

Combiné avec la prorogation indéfinie de la société, l'abus des réserves permet de le dépouiller complètement.

ABUS DES TANTIÈMES. — L'abus des réserves est généralement accompagné d'un abus des tantièmes. En effet, juridiquement les réserves ne sont pas considérées comme un capital, elles ne « portent pas intérêt » comme le capital nominal. Les actionnaires vont s'en trouver lésés.

Les bénéfices distribuables appartiennent en principe aux actionnaires. S'ils étaient répartis comme cela serait normal, les actionnaires pourraient sans grand effort d'esprit acheter de la rente française qui leur donnerait 4 % net par an. De même si la société procédait à une émission d'actions nouvelles destinées à faire rentrer dans la société l'argent distribué. Le nominal de ces actions « porterait intérêt », c'est-à-dire que les administrateurs ne toucheraient les tantièmes que sur les superbénéfices provenant de leur habileté particulière. Ils ne toucheraient des tantièmes qu'au delà d'un bénéfice minimum, 4 % par exemple.

Etant donné notre conception actuelle des réserves, les administrateurs n'ont qu'à acheter de la rente 4 % comme les actionnaires auraient pu le faire eux-mêmes, et les arré-

(1) Voir plus haut, p. 46 et s.

rages de cette rente seront considérés comme « superbénéfices », amputés comme tels d'un tantième de 10 % par exemple, soit 0 fr. 40 sur 4 frs. De ce fait l'actionnaire ne touche plus que 3 fr. 60 au lieu de 4 frs.

Souvent des parts de fondateurs ont été créées ayant droit à 25 % des superbénéfices, l'actionnaire ne touchera plus que 2 fr. 60 au lieu de 4 frs, la perte est de 35 %.

Nous nous plaisons à signaler que certains conseils d'administration scrupuleux considèrent les réserves, surtout celles qui proviennent des primes d'émission, comme un capital portant intérêt, mais ils sont trop rares.

ABUS DES PARTICIPATIONS. — L'abus des réserves présente généralement une autre face : l'abus des participations.

a) ATTEINTE A LA SPÉCIALITÉ. — Si les réserves n'étaient constituées que pour améliorer l'outillage et le fonctionnement de l'entreprise initiale, augmenter les fonds de roulement, l'usage s'en justifierait assez bien, mais fréquemment ces réserves vont servir à l'acquisition des participations les plus variées.

Une maison d'exportation prendra par exemple des participations minières.

Il ne faut pas croire que ces prises de participation améliorent toujours la situation de la société mère, parfois elles la diminuent. Il semble que ce soit le cas de la « Compagnie de Commerce et de Navigation d'Extrême Orient ».

Il semble que cette société eût mieux fait de se spécialiser davantage. Elle a durant la période d'affaires faciles investi des sommes importantes dans des participations malheureuses. Son portefeuille est constitué jusqu'à concurrence des 2/3 par des charbonnages de Kebao.

Cette affaire, d'ailleurs susceptible d'un grand avenir, a absorbé déjà beaucoup de capitaux. Le conseil montre « un robuste optimisme à l'égard de cette société qui a repris une exploitation vieille d'un demi-siècle et qui n'a encore obtenu

que des espoirs » (1). Elle vaut aujourd'hui moins de 30 frs après plus de 600 frs en 1928.

Citons encore Cam Tiem qui ne paraît pas avoir obtenu des résultats bien satisfaisants. Le Conseil de Cam Tiem conserve encore l'espoir de sauver une partie des capitaux investis, mais le public et la masse de ses actionnaires ne semblent point partager une confiance tant de fois déçue par les événements (2). De fait, l'action de 100 frs qui valait encore 18 frs au mois de mai 1931, tombe par la suite à 7.

Il faut encore parler de la Bien Hoa, industrielle et forestière dont les actions sont également tombées à 13 frs. « En temps de prospérité comme en temps de crise, les fonds investis dans la Bien Hoa se sont trouvés rapidement épuisés (3). »

An Loc et Suzannah ont également subi une baisse profonde respectivement, à 83 après 259 et 160 après 400 en 1931.

Non seulement les sommes investies dans ces divers titres ont subi des pertes graves, mais il est permis de se demander quelle est leur liquidité réelle. Le portefeuille de la « Compagnie de Commerce et de Navigation » pourrait-il être réalisé rapidement pendant la crise actuelle sans provoquer une baisse plus profonde encore des titres précités ?

La société eut mieux fait de constituer des réserves liquides, à l'abri des crises, sous forme de grandes valeurs à revenus fixes ou de dépôts en banque qui lui aurait permis de renforcer son département commercial.

Celui-ci au contraire a été laissé à la portion congrue pendant la période d'affaires faciles, cela n'a pas eu grand inconvénient. Les agents des services de vente ont dû s'abstenir de visées de grandeur et d'appel à des ressources nouvelles, mais sans développer leur situation ils ont obtenu d'assez bons résultats.

Les inconvénients de la politique de participations ne se sont fait sentir pour le département commercial qu'au moment de la crise, lorsqu'il a fallu compenser les pertes sur

(1) « Le Pour et le Contre », 26 juillet 1931.

(2) « Le Pour et le Contre », 3 mai 1931.

(3) « Le Pour et le Contre », 21 juin 1931.

créances douteuses, on s'est aperçu que les réserves portées au bilan étaient fortement entamées et difficiles à mobiliser.

« La trésorerie est assurée par le moyen de crédits bancaires (1). »

« Cependant la situation deviendrait moins sûre si le conseil accordait de nouveaux appuis à des filiales dont l'avenir, après de nombreux appels de fonds, apparaît encore très aléatoire (2). »

« La Compagnie de Commerce et de Navigation d'Extrême Orient » qui ne pourra distribuer de dividendes avant longtemps et dont les ressources ont été diminuées par les mesures de soutien prises en faveur des filiales, est revenue à 196 (3). »

Ajoutons que la « Compagnie de Commerce et de Navigation » est tombée depuis au-dessous de 100 frs. L'action de cette société naguère très puissante valut plus de 2.000 frs en 1928 (4).

On ne viole pas impunément le principe de spécialité (5).

(b CHANGEMENT D'OBJET. — Il arrive parfois que la société mère cède son entreprise originaire pour ne plus conserver que ses participations. L'actionnaire d'une maison de commerce n'a plus qu'un gisement cuprifère. Il avait cru placer son capital dans une affaire commerciale et il le trouve investi indirectement dans une exploitation minière.

Actuellement le système des participations permet de modifier lentement mais complètement l'objet social.

(c « CASCADES DE TANTIÈMES ». — La constitution des réserves permettait l'abus des tantièmes. Le jeu des participations

(1) Le Pour et le Contre », 21 juin 1931.

(2) « Le Pour et le Contre », 3 mai 1931.

(3) « Le Pour et le Contre », 14 juin 1931.

(4) Signalons toutefois en dernière heure que la situation commerciale paraît s'améliorer et que les cours sont remontés à plus de 150.

(5) La politique des filiales n'a-t-elle pas contribué aussi aux difficultés de « l'Electrocable » ?

permet de multiplier cet abus auquel on donne alors le nom de « cascades de tantièmes ».

Voici le schéma de la combinaison :

La société initiale ou « mère » constitue à l'aide de ses disponibilités une seconde société ou « société fille » qui figurera dans le bilan de la société mère sous le nom de portefeuille. La société fille deviendra mère d'une société petite-fille qui sera à son tour mère d'une société arrière-petite-fille.

Le patrimoine de la société arrière-petite-fille sera constitué au moins en partie avec l'actif de la société « arrière-grand'mère » qui aura passé à travers les divers échelons de la combinaison. Les administrateurs de cette famille de sociétés sont généralement les mêmes à tous les degrés. Les bénéfices réalisés par la société arrière-petite-fille passeront successivement dans les patrimoines des sociétés « mères », « grand'mères », « arrière-grand'mères ».

Les administrateurs percevront, comme il est normal, des tantièmes sur les bénéfices qu'ils ont réalisés dans l'entreprise de la société « arrière-petite-fille ». Ces tantièmes seront la rémunération normale d'un travail.

Les bénéfices de la « filiale » passent dans la société « mère » par un simple jeu d'écriture qui ne coûte pas grand'peine aux administrateurs. Ils sont à nouveau amputés de tantièmes comme bénéfices de cette « société mère ».

Ainsi les bénéfices sont amputés de nouveau dans les sociétés « grand'mère » et « arrière-grand'mère » ; en tout, les bénéfices sont amputés 4 fois au lieu d'une.

Par le jeu des « cascades de tantièmes » les administrateurs arrivent à prélever sur les bénéfices distribués une portion énorme sans fournir un travail équivalent.

EXEMPLE. — Une circulaire de la société de défense des actionnaires des mines « Kali Sainte Thérèse », du mois de novembre 1928 donne les chiffres suivants :

« La société des « Fonderies de Pont à Mousson » participe à Micheville, qui participe à Redange, qui participe à Dilling.

« Sur 100 francs de bénéfices partagés par Dilling pour cette part de Pont à Mousson, 10 vont aux actionnaires de Dilling, 90 aux actions de Dilling possédées par Redange. Sur ces 90 francs de bénéfice encaissés par Redange, 50 vont aux réserves, 40 sont distribués, dont 4 aux administrateurs de Redange, 36 aux actions de Redange possédées par Rombas.

« Sur 36 francs de bénéfice, 20 vont aux réserves et 16 sont distribués dont 1 fr. 60 aux administrateurs de Rombas, 14,40 encaissés par Micheville, 3,40 aux actions de Micheville possédées par Pont-à-Mousson. Sur ces 3 fr. 40 encaissés par Pont-à-Mousson, 3 fr. 20 vont aux réserves et 0 fr. 20 sont distribués dont 0 fr. 05 aux administrateurs et 0 fr. 15 aux actionnaires de Pont-à-Mousson.

« En somme, sur les 100 francs distribués par Dilling, 83 fr. 20 vont aux réserves qui serviront à créer de nouvelles participations, 16 fr. 65 vont aux administrateurs et 0 fr. 15 aux actionnaires. Les administrateurs touchent 100 fois plus que les actionnaires ».

Ces chiffres sont-ils indiscutables ? Prenons ici l'exemple tel qu'on nous le donne. Ce type de combinaison est assez fréquent, sous une forme moins poussée il est vrai. Il n'est pas rare que les administrateurs de « sociétés mères » soient en même temps administrateurs de filiales et reçoivent une large rémunération pendant que les dividendes de la société mère sont faibles ou nuls.

De la sorte les administrateurs reçoivent beaucoup, les actionnaires peu, et l'on dit non sans quelque raison qu'ils sont spoliés (1).

(d) FACILITÉS DE FRAUDES.— Le système des participations permet des fraudes aux administrateurs peu scrupuleux. Ont-ils fait de mauvais placements ? Ils pourront vendre leurs actions sans perte à la société, celle-ci fait un « portefeuille » ou une « participation » qu'on amortira par la suite sans don-

(1) Pour ces motifs, d'aucuns ont proposé que les bénéfices distribuables soient obligatoirement répartis. Il s'agirait d'imposer légalement aux affaires françaises la ligne de conduite que suivent librement les affaires Anglo-Américaines. Cf. P. Durand : « La défense de l'Épargne », Spes, 1930, p. 51.

ner même bien souvent le nom du titre ni aucun détail sur l'opération « malheureuse » (1).

III. — La loi doit-elle interdire la constitution de réserves et les prises de participations

De tout ceci, que faut-il conclure ? La loi doit-elle interdire la prise de participations et la constitution de réserves, exiger la répartition des bénéfices distribuables ?

Faut-il imposer aux affaires françaises la politique que suivent librement les affaires anglo-américaines ? Distribuer tous les bénéfices, et s'il est besoin d'augmenter l'actif social, émettre des actions : l'augmentation du capital doit être effectuée dans les formes légales.

DES RÉSERVES. — Du point de vue purement logique, cette solution pourrait se justifier, mais la réalité ne suit pas toujours les théorèmes.

L'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles coûte cher parce qu'elle nécessite l'intervention de nombreux intermédiaires professionnels de la Bourse.

Tout d'abord le groupe financier qui fait l'émission peut prendre sur l'argent reçu une somme assez élevée qui atteint parfois jusqu'à 18 % (2).

Habituellement cette commission est moins forte, mais elle n'est pas le seul tribut prélevé par les intermédiaires.

Généralement le syndicat qui assure l'émission fait monter le titre de 5 à 10 % pour vendre avec bénéfices les actions dont il se trouve détenteur.

Une seconde couche d'intermédiaires intervient souvent, achetant les titres en gros au syndicat pour les revendre au détail, les « classer » peu à peu dans le grand public.

(1) C'est pourquoi il faut garder un peu de scepticisme sur les services que peuvent rendre les sociétés de placement, ou investments trusts. Elles peuvent rationaliser la distribution des capitaux, éviter aux petits actionnaires maints déboires, mais elles peuvent devenir aussi un merveilleux moyen d'escroquerie si elles sont dirigées par des administrateurs indéliçats.

(2) Cf. « La Vie Financière », 9 janvier 1931.

En fait, il n'est pas rare que l'Épargne paie 105 ou 110 frs une action souscrite à 100 frs, qui après déduction des frais et commissions ne représente pas beaucoup plus de 95 ou même 90 d'actif réel.

Les divers intermédiaires ont prélevé de 10 à 20 % de l'argent reçu.

Au contraire, la mise en réserve est une augmentation de capital sans frais.

L'accroissement lent du capital d'une entreprise, c'est-à-dire par exemple l'amélioration constante de l'outillage, est souhaitable au point de vue économique.

L'abondance des capitaux permet d'augmenter la quantité des biens produits et d'augmenter la part proportionnelle du travail dans la répartition. Lorsque les capitaux sont abondants, le taux de l'intérêt est bas.

Les pays anciens comme la France doivent compenser la richesse moins grande des « ressources naturelles » par la perfection de l'outillage s'ils veulent conserver leur situation en face des pays neufs.

Lorsque les ressources nouvelles ne sont pas investies en participation, mais employées à mieux réaliser l'objet social, l'entreprise se perfectionne sans s'écarter de sa spécialité.

Ont seules survécu à la crise les sociétés qui avaient fait de prudentes réserves pendant les années de prospérité.

On ne peut condamner en principe la politique de capitalisation progressive.

DES PARTICIPATIONS. — On ne saurait non plus condamner absolument la politique des « participations ». Une société peut constituer une filiale pour accomplir une fonction accessoire qu'elle remplissait précédemment. Une usine de produits chimiques crée une filiale pour traiter certains sous-produits qu'elle traitait elle-même auparavant.

Désormais elle consacrera toute son activité à la fabrication du produit principal, elle se spécialisera davantage.

Une société peut être amenée à s'intéresser à des entreprises collaboratrices : une usine à gaz prendra une partici-

pation dans une société pour le traitement des goudrons de houille.

Enfin si l'entreprise originaire ne réussit pas, il faut pouvoir employer l'actif dans une autre direction pour éviter la perte sèche, ou tout au moins des frais considérables de liquidation. La prise de participation est un moyen commode de changer l'objet social.

Essai de réforme

a) **DE L'ABUS DES RÉSERVES.** — Sans interdire ni les constitutions de réserves, ni les prises de participation, il faudra en réfréner les abus.

Rendant obligatoire une pratique trop peu répandue, la loi pourra exiger que les réserves portent intérêt au même taux que le capital nominal.

Par ailleurs elle recherchera dans l'application des règles institutionnelles les réformes nécessaires.

DROIT DE DÉMISSION. — Tout d'abord le droit de démission que nous avons reconnu à l'actionnaire à l'expiration de la société diminue sensiblement le danger des réserves ; elles n'ont plus pour lui qu'un caractère temporaire comme la société elle-même. Les actionnaires ne reçoivent pas immédiatement les bénéfices distribuables, mais ils sont sûrs de les toucher, si bon leur semble, à l'expiration de la société, en même temps que leur part du capital.

On peut espérer qu'ainsi la valeur boursière des actions ne tombera pas trop au-dessous de leur valeur « à casser » qui est à peu près leur valeur intrinsèque.

COMPÉTENCE DES ASSEMBLÉES EXTRAORDINAIRES. — Mais n'est-il pas étrange qu'un associé ne puisse percevoir sa part de bénéfice qu'en cessant d'être associé (1) ?

(1) Cf. Le Cours de M. E. Gounot à la semaine sociale de Besançon 1929.

La formation des réserves est, avons-nous dit, une augmentation de capital, une modification de l'organisme, et cependant, elle est entièrement laissée à la compétence des assemblées ordinaires, c'est-à-dire pratiquement à la discrétion des administrateurs. La règle de spécialité semble demander que cette modification de l'organisme soit soumise à la compétence des assemblées extraordinaires. Sans doute, on ne peut réunir une assemblée extraordinaire tous les ans, mais on peut convoquer tous les 5 ou 10 ans une assemblée extraordinaire qui autorise la constitution des réserves et en fixe le maximum.

Il faudrait cependant que ces assemblées extraordinaires ne puissent pas autoriser la constitution des réserves pour un temps trop long, sans cela les statuts initiaux inséreraient comme une clause de style l'autorisation de mettre tous les bénéfices en réserves. L'effet de la réforme serait pratiquement éludé.

Sans étudier l'organisation des assemblées extraordinaires, indiquons seulement qu'il serait bon d'exiger une double majorité par têtes et par sommes, pour celles qui nous intéressent.

L'intervention d'une forte majorité par tête est ici particulièrement indiquée : toucher des dividendes ou voir le capital augmenter est une question simple à laquelle chacun peut répondre sans grand effort de recherches. La réponse sera plus facile encore lorsqu'une politique de réserves exagérées fera descendre l'action très au-dessous de sa valeur intrinsèque.

La nécessité d'une forte majorité par têtes obligera les administrateurs à faire appel aux voix de la masse de l'Epargne, elle permettra aux petits actionnaires de résister aux effets du verrouillage. Les participations possédées par les entreprises filiales ou collaboratrices feront aux administrateurs une complaisante majorité par sommes, mais trop peu nombreuses, elles ne pourront fausser les majorités par têtes.

L'application de la règle de spécialité déférant aux assemblées extraordinaires la constitution des réserves, la soumet au contrôle sérieux qu'elle mérite.

b) DE L'ABUS DES PARTICIPATIONS. — Les prises de participations sont, elles aussi, des modifications de l'organisme.

Souvent même elles sont une modification très grave, une extension ou un changement de l'objet social. Un trust de mines sud-africaines investit une part importante de son actif dans une construction de chemins de fer espagnols. Telle société immobilière que nous appellerons « Lyon Foncier » vend peu à peu ses biens immeubles et prend des participations dans des recherches de mines d'or en Sibérie, ou au Nicaragua. L'actionnaire qui avait cru faire un placement de père de famille voit son capital exposé dans des opérations d'une nature toute différente et beaucoup plus hasardeuse.

DROIT DE DÉMISSION. — On comprend parfaitement que dans ces conditions, il démissionne et obtienne le remboursement de sa part (1). Remarquons que l'actionnaire obtiendra ainsi une somme voisine de la valeur intrinsèque de son titre souvent très supérieure au prix de vente en Bourse (2).

Le droit de démission ainsi reconnu à l'actionnaire sera pour lui un moyen de défense individuelle contre les abus les plus criants du système des participations. Lorsque les résultats en seront trop choquants, il pourra se retirer de la société.

COMPÉTENCE DES ASSEMBLÉES EXTRAORDINAIRES. — On doit considérer le droit de démission comme un moyen extrême et subsidiaire. Les droits des actionnaires doivent autant que possible être sauvegardés par le jeu normal des organes sociaux. Ici encore la règle de spécialité nous conduit à retirer la question des prises de participation, modifications organiques aux assemblées ordinaires pour les soumettre à la compétence des assemblées extraordinaires.

Le législateur ne pourrait-il ordonner par exemple que chaque prise de participation soit préalablement autorisée par

(1) Cf. plus haut, p. 48 et suivantes.

(2) Pour éviter des démissions inutiles, on pourrait soumettre le droit de démission à certaines règles. Seule une prise de participation représentant une part importante de l'actif social le légitimerait. On pourrait déduire de la somme versée à l'actionnaire en remboursement de son titre une somme égale à sa quote part des frais dans une liquidation éventuelle. Il ne faut pas que les actionnaires démissionnent sans raison.

une assemblée extraordinaire ? Sans doute ne pourrait-on lui indiquer le nom du titre à acquérir éventuellement, mais du moins devrait-on spécifier la nature économique du placement et son importance.

Comme la constitution de réserves, la prise de participation pourrait être soumise à la nécessité d'une double et forte majorité par sommes et par têtes.

Ainsi, au moins théoriquement, l'Epargne pourra surveiller les conditions de l'opération, éviter de trop grosses cascades de tantièmes.

CHAPITRE XXIII

Du contrôle institutionnel Protection collective des intérêts des associés

Dans les chapitres précédants on s'est efforcé, d'une part, d'assurer l'indépendance des administrateurs afin qu'ils ne puissent être contraints de gérer contre l'intérêt social, d'autre part de faire tracer un cadre à leur activité par les assemblées extraordinaires.

Mais toutes ces mesures seront vaines si les administrateurs peuvent librement enfreindre les prescriptions statutaires ; s'ils peuvent librement abandonner l'intérêt social, gérer dans leur intérêt propre, gérer avec négligence ou même ne pas gérer du tout.

L'institution pourra encore se trouver virtuellement détruite puisque l'intérêt social cessera d'être poursuivi par la « main commune ».

Obliger les administrateurs à poursuivre le bien commun et les obliger à réparer les dommages qu'ils ont pu lui causer par une mauvaise gestion ; conserver la vie de l'institution et la rétablir dans ses droits, tels sont les attributs du contrôle.

Un organe a été prévu dans l'institution pour jouer ce rôle : l'assemblée ordinaire. En sauvegardant l'intérêt social, elle sauvegarde indirectement les intérêts des associés.

Lorsque la gestion a été bonne, les administrateurs reçoivent « quitus » c'est-à-dire décharge. La société ne pourra plus agir contre eux en responsabilité en se fondant sur des fautes commises pendant l'exercice écoulé.

Ce « quitus » sera souvent mérité, les bonnes gestions sont heureusement nombreuses.

De même que les peuples heureux intéressent moins, dit-on, les historiens, les sociétés où règne naturellement l'équité intéressent moins les juristes.

Aussi étudions-nous les sociétés qui fonctionnent mal, les abus que doit réformer le contrôle. Les formes de mauvaise gestion sont infiniment nombreuses comme celles de l'incapacité, de la négligence ou de la fraude.

On les a quelquefois classées en deux catégories principales.

I. — Violation objective d'un texte légal ou statutaire

La direction sort du cadre qui lui est assigné par la loi ou les statuts, elle fait des actes qu'elle n'a pas le droit de poser, il y a excès de pouvoir.

II. — Faute de gestion

On range sous ce vocable deux catégories de fautes distinctes :

a) DÉTOURNEMENT DE POUVOIRS. — La direction gère non plus dans l'intérêt social mais dans son intérêt propre ; les actes posés sont illicites non plus par eux-mêmes, mais par leur finalité.

(b INSSUFISANCE DE L'ACTIVITÉ DE LA DIRECTION' — Par une négligence légère ou grave les administrateurs manquent à l'obligation qu'ils ont de bien gérer.

La mauvaise gestion comporte une double sanction

1^o Une sanction « a posteriori », la réparation du préjudice causé.

2^o Une sanction préventive de nouvelles fautes. Le changement des administrateurs, révocation de l'ancien conseil, nomination d'un nouveau.

1^o LA RÉPARATION des fautes commises peut être spontanément offerte par les administrateurs. S'ils réparent les dommages causés par leur faute, la société n'aura plus rien à leur réclamer et leur donnera « quitus ».

Une transaction peut également intervenir entre l'assemblée et les administrateurs. L'assemblée refuse le « quitus » tant que les administrateurs n'offrent pas une réparation suffisante, elle le leur donne en échange de l'engagement de réparer le dommage causé.

Enfin les fautes qui ne sont ni couvertes par le « quitus » donnent lieu à l'action sociale. Celle-ci est normalement exercée par l'assemblée, exceptionnellement par des groupements d'actionnaires ou des actionnaires isolés.

2^o RÉVOCATION DES ADMINISTRATEURS. — Une direction s'est-elle révélée mauvaise, la révocation des administrateurs préviendra les nouvelles fautes.

Elle peut avoir lieu par voie d'autorité prononcée par la majorité de l'assemblée. (Nous verrons plus loin qu'elle pourra être demandée au Tribunal au nom des droits propres de l'actionnaire.)

Une double majorité par sommes et partêtes sera nécessaire pour l'octroi du « quitus » aujourd'hui trop facilement accordé.

Ce sera le meilleur moyen de remédier aux abus les plus criants du « verrouillage ». Il faut que la société ne renonce pas trop facilement à ses actions contre les administrateurs.

Au contraire pour l'exercice de l'action sociale, une seule majorité par sommes sera nécessaire comme actuellement.

De même la révocation des administrateurs pourra être prononcée par une seule des deux majorités.

Nous ne traiterons ici du contrôle institutionnel que pour mémoire, sa réforme résultera de celle de l'assemblée.

CHAPITRE XXIV

Le contrôle du Tribunal Les droits propres de l'actionnaire et la protection individuelle des intérêts de l'institution

Selon la théorie institutionnelle le pouvoir de chaque organe est limité par sa fin et ne peut se retourner contre elle.

Le but de l'assemblée est de contrôler, d'obliger la direction de poursuivre le bien commun et non de lui permettre de le violer impunément.

Le pouvoir de l'assemblée reçoit donc une première limitation finaliste. Lorsqu'elle violera cette limite, ses actes pourront être déferés au Tribunal.

LES DROITS PROPRES DE L'ACTIONNAIRE. — Mais cette limitation finaliste n'est pas la seule et nous ne la retiendrons même pas. Nous nous attacherons à une autre limite objective, celle-là que le pouvoir de l'assemblée trouve dans les droits propres de l'actionnaire, selon la théorie institutionnelle l'actionnaire a des droits propres en face de la société, dont le premier est celui de n'être pas spolié. Il tient de la qualité d'associé le droit d'exiger un minimum de bonne gestion, le droit d'exiger que l'intérêt social soit poursuivi par les organes de l'institution.

La carence de l'assemblée ou les divers procédés qui faussent son fonctionnement tel le verrouillage, ne sauraient porter atteinte aux droits propres de l'actionnaire. Si l'assemblée ne les fait pas respecter par un minimum de contrôle, l'action-

naire puisera dans la violation de ses droits un recours devant le Tribunal. Telles sont les conséquences logiques de la théorie institutionnelle.

Comme la violation du droit est collective, son rétablissement doit l'être également. En protégeant un intérêt d'associé, le recours au Tribunal protégera l'intérêt de la société.

Mu par l'initiative individuelle, le contrôle du Tribunal suppléera à la carence de l'assemblée (1).

On a dit que le Tribunal de Commerce ne devait pas être la Cour d'appel des assemblées générales, c'est vrai, mais certaines violations graves de l'équité doivent être interdites à ces simulacres d'assemblées. On ne voit pas pourquoi les assemblées générales échapperaient aux règles d'ordre public qui s'imposent aux individus.

Prenons un exemple : un conseil d'administration ruine la société par sa mauvaise gestion. La majorité possédée par un concurrent, verrouillée ou simplement inconsciente, couvre la gestion des administrateurs, elle ne les révoque pas et leur donne invariablement « quitus ».

Avec la complicité de la majorité, les administrateurs peuvent-ils devenir irresponsables de leur dol ? Les actionnaires spoliés devront-ils assister impuissants à leur ruine ?

I. — Des actions en dommages et intérêts

« Il faut que tout actionnaire qui a subi un préjudice puisse faire entendre sa voix devant les tribunaux (2). »

ETAT ACTUEL DU DROIT. CRITIQUES. — Sans aller aussi loin que M. Mazeaud on peut adresser à notre Droit deux critiques principales :

(1) Les juges doivent acquérir sur le fonctionnement des sociétés le droit de contrôle qui échappe à la grande masse des associés. Au contrôle des actionnaires doit se substituer le contrôle des tribunaux. — M. Mazeaud, op. cit., p. 286 et suivantes.

(2) M. Mazeaud, op. cit., p. 286.

1^o Le « quitus » donné par l'assemblée générale couvre le dol et la faute lourde dans la gestion. Après le « quitus » aucun associé ne peut plus demander réparation des dommages causés par une gestion dolosive.

2^o Lorsque la majorité s'abstient d'exercer l'action sociale, les associés ne peuvent l'exercer que « ut singuli », individuellement, c'est-à-dire que la condamnation obtenue ne profite qu'à l'actionnaire demandeur, au lieu d'accroître tout le patrimoine social.

De même après « quitus », toute violation de la loi ou des statuts ne donne plus lieu qu'à une action individuelle.

Distinction de l'action individuelle et de l'action sociale

Examinons tout d'abord par quels procédés juridiques sont obtenus les résultats actuels.

*** Nous avons parlé tout à l'heure d'action sociale et d'action individuelle, telles sont les dénominations des actions qui peuvent être intentées contre les administrateurs par les actionnaires.

On en donne (1) les définitions suivantes : « L'action sociale est fondée sur un droit qui appartient à la société tout entière, personne morale ».

« L'action individuelle sur un droit propre et personnel à tel ou tel actionnaire. »

EXERCICE. — Des intérêts considérables sont attachés à cette distinction : 1^o Il appartient à la société, c'est-à-dire à l'assemblée générale, de décider s'il lui convient d'exercer l'action sociale, ou d'y renoncer. Après « quitus » ou transaction intervenue entre les administrateurs et l'assemblée, aucune action sociale, fondée sur les opérations de l'exercice écoulé, ne pourra plus être intentée ni par une minorité dissidente, ni par des actionnaires n'ayant pas pris part à l'assemblée (2).

(1) Cf. M. Lacour et Bouteron, « Précis de Droit commercial », T. 1^{er}, n^o 627.

(2) Paris, 30 juin 1883. S. 85-1-337. Ibid, 20 mars 1901. D. P. 1904-2-121. Note Levillain.

Au contraire, l'action individuelle ne peut être retirée à un actionnaire par des conventions conclues (1) entre l'assemblée générale et les administrateurs. Malgré le « quitus » un associé conserve ses actions individuelles contre les administrateurs.

Les statuts peuvent refuser aux actionnaires le droit d'exercer l'action sociale ou tout au moins le subordonner à l'avis d'une assemblée générale. Cette clause n'est pas opposable à l'exercice des actions individuelles des actionnaires dont les droits propres ne sauraient être à la merci d'une décision prise par la majorité de l'assemblée (2).

Tout actionnaire peut exercer l'action sociale « ut singuli » en son nom propre. (La condamnation ne profite qu'à lui et non à la société.)

Les premiers actionnaires qui agiront bénéficieront d'un privilège sur la valeur sociale. Ils pourront être payés intégralement, alors que ceux qui agiront ensuite ne le seront que partiellement ou même pas du tout. De la sorte tous les actionnaires ne recevront pas des indemnités proportionnelles à leur part dans la société, ce qui est contraire à la règle de la justice distributive contenue dans les articles 1848 et 1849. Les gros actionnaires agissant seuls ou tout au moins les premiers, seront seuls payés. Ces petits lents ou inertes seront sacrifiés.

Le « quitus » éteint l'action sociale avec le droit sur lequel elle était fondée.

CRITÉRIUM. — Quel sera le critérium entre l'action sociale d'une part et l'action individuelle de l'autre ?

La jurisprudence d'ailleurs peu cohérente semble avoir adopté cette distinction. Une action est sociale lorsqu'elle est basée sur un préjudice causé au patrimoine social ; individuelle lorsqu'elle est fondée sur un préjudice causé spéciale-

(1) Paris, 31 mai 1892, D. P. 92-2-249. Note de M. Pic.

(2) Paris, 19 février 1897, S. 99-2-149. — Cf. M. Lacour et M. Bouteyron, op. cit., n° 629.

ment au patrimoine particulier de un ou de plusieurs actionnaires.

Doit-on refuser toute action individuelle pour les dommages causés à la société par les fautes des administrateurs quelles qu'elles soient ?

Naguère, la jurisprudence se prononçait par l'affirmative. Les effets extraordinairement étendus du « quitus » ont rendu cette solution insoutenable. En effet les dispositions légales d'ordre public n'auraient plus de sanction.

La majorité de l'assemblée générale pourrait autoriser les administrateurs à violer impunément la loi, à transgresser volontairement les statuts, en faisant par exemple des opérations étrangères à l'objet social.

Aussi la jurisprudence (1) a-t-elle admis l'action individuelle (2) fondée sur la violation des statuts de la loi, qu'elle considère comme délit ou quasi-délit, donnant lieu à l'application de l'article 1382. Au contraire lorsque la faute commise est une faute de gestion, seule l'action sociale est ouverte (lorsqu'elle n'est pas éteinte par le « quitus »).

On fonde cette solution sur le caractère contractuel de l'obligation de gérer. Elle dérive du « mandat » que les administrateurs ont reçu de la société elle-même, personne morale. C'est ainsi que le « quitus » éteindra l'action sociale et toute action fondée sur le dol dans la gestion.

JURISPRUDENCE. a) DÉCISIONS ISOLÉES. — S'abstenir de dol dans l'exécution des contrats n'est-ce pas la première des obligations légales ? Art. 1134.

Suivant les principes généraux du droit, la jurisprudence devrait abandonner la théorie contractuelle et admettre les actions individuelles fondées sur le dol dans la gestion. Cette solution a été consacrée par deux arrêts récents de la Cour

(1) Cf. Cass. 3 avril 1912. D. 1912-1-521.

(2) Il faut adresser à cette action individuelle la même critique qu'à l'action sociale exercée « ut singuli » ; son effet individuel violera souvent la justice distributive au détriment des petits.

de Paris qui semblent bien qualifier de quasi délit, le dol ou la faute lourde des administrateurs.

Le premier de ces arrêts (1) date du 31 mai 1923. « L'action sociale prévue aux statuts d'une société anonyme ne pourrait trouver son application qu'au cas où les actionnaires voudraient exercer les contestations touchant l'intérêt général et collectif de la société. Mais il n'en est pas ainsi lorsque les agissements reprochés aux administrateurs ont un caractère nettement *dolosif* et ont pour but de faire échec au droit légitime des actionnaires.

Ceux-ci victimes d'un *quasi-délit* sont donc habilités à l'exercice de l'action personnelle appartenant directement à chacun d'eux en raison du préjudice subi. »

Un second arrêt de la Cour de Paris, 3 janvier 1927 (2), alloue, malgré le « quitus », des dommages et intérêts à des actionnaires qui reprochaient au conseil d'administration d'une société minière, des cessions de mines consenties moyennant un prix hors de proportion avec leur valeur réelle. « L'action sociale prévue par les statuts des sociétés anonymes n'est réservée à l'ensemble des actionnaires réunis en assemblée générale que dans le cas où il s'agit d'un recours entre les mandataires légaux à raison d'actes préjudiciables causés à la société elle-même. Mais il n'en est pas ainsi lorsque les fautes relevées sont constitutives d'un quasi-délit aux termes des articles 1382 et 1383 du code civil. »

Ces arrêts semblent bien entendre par quasi-délit la faute lourde des administrateurs ou des gérants. Ils semblent refuser à l'assemblée la faculté de délivrer les administrateurs de la responsabilité du dol ou de la faute lourde.

b) ENSEMBLE. — La jurisprudence n'a pas généralisé la solution donnée par les deux arrêts précités. Citons ici un

(1) Bulletin pratique de jurisprudence financière septembre, octobre 1923. Cf. M. R. David, op. cit., p. 71.

(2) Voir « Le petit capitaliste », mars 1927. Cf. M. R. David, op. cit., p. 71.

arrêt caractéristique rendu par la Cour de Paris le 1^{er} juillet 1927 : « Le grief fait aux administrateurs d'une société anonyme d'avoir causé la ruine de cette société par une administration déplorable, visant des fautes lourdes de gestion, donne ouverture à l'action sociale. Le « quitus » donné en connaissance de cause par l'assemblée générale aux administrateurs la fait disparaître. Les actionnaires qui intentent l'action individuelle doivent établir à l'encontre de chaque administrateur une faute personnelle, quasi délictuelle, distincte des fautes de gestion ou de mandat et présentant un caractère dolosif : mais ils doivent de plus justifier d'un préjudice distinct de celui subi par les autres actionnaires (1). »

Toutefois la jurisprudence déclare souvent nul pour une erreur qu'elle présume, le « quitus » du dol et de la faute lourde, cherchant à rétablir le droit par un moyen détourné.

Il semble qu'elle ait ici sacrifié un principe d'équité à des considérations d'utilité pratique. La coexistence d'actions sociales et d'actions individuelles est une source de complications que les tribunaux se sont efforcés de limiter.

Sans doute la réparation de la totalité du préjudice épuiera tout à la fois l'action sociale et le droit individuel des associés : plus d'intérêt donc plus d'action.

Mais si l'action sociale échoue ou si elle n'aboutit pas à l'indemnisation complète, les actionnaires seront encore fondés, semble-t-il, à exercer leurs actions individuelles. Pratiquement ce sera toujours possible. Il suffira de plaider l'indemnisation incomplète.

Les administrateurs seront donc exposés à une série de procès intentés séparément et relatifs à la même cause de responsabilité : l'intervention du législateur en cette matière paraît désirable (2).

(1) Affaire de la société Bordeaux-Maroc. Coutant et autres, contre Demoiselle Robin et autres. *Gaz. soc.* 1927-349. Cf. M. René David, *op. cit.* p. 73.

(2) Cf. M. Lacour et Bouteron, *op. cit.*, p. 477. Note 2.

Réformes découlant de l'application de la théorie institutionnelle

1^o La suppression du quitus du dol

L'application de la théorie institutionnelle semble suggérer les réformes qui vont suivre :

Tout d'abord les restrictions des effets du « quitus » à la faute légère. Suppression du « quitus » du dol et de la faute lourde. Le « quitus » du dol apparaît particulièrement fâcheux : c'est l'irresponsabilité des administrateurs pratiquement assurée, la minorité juridiquement livrée au dol des administrateurs.

Quelle que soit l'origine de l'obligation violée, le dol doit être réparé, cela découle du droit propre de n'être pas spolié.

Au contraire le « quitus » de la faute légère est conforme à l'intérêt social. Il respecte les droits propres des actionnaires, il doit être conservé, sans cela on rendrait la situation des administrateurs impossible.

Le quitus de la faute légère est conforme

a) A L'INTÉRÊT SOCIAL. — Notre code a été particulièrement sévère lorsqu'il a déterminé la responsabilité des administrateurs. Celle-ci comporte non seulement la faute légère, « la culpa levis concreto », tous ceux qui agissent en commettent plus ou moins, mais encore la « culpa levis in abstracto », la faute qu'on commet sans le vouloir.

Si les administrateurs étaient obligés de réparer toutes leurs inadvertances, il vaudrait mieux pour eux quitter la place, à moins qu'on augmente considérablement leurs tantièmes.

Si l'on supprimait le « quitus » de la faute légère il faudrait augmenter les tantièmes d'une prime d'assurance couvrant ce surcroît de responsabilité. On conçoit fort bien que les admi-

nistrateurs en soient déchargés lorsque leur gestion est dans l'ensemble satisfaisante. Le « quitus » de la faute légère est conforme à l'intérêt social.

b) A L'ORDRE PUBLIC. — Il est aussi conforme à l'ordre public. L'irresponsabilité de la faute légère n'a rien de contraire aux principes généraux du droit. L'un des contractants se fait l'assureur de l'autre, obtenant en équivalent de meilleures conditions (1).

Les actionnaires payeront des tantièmes moins élevés en déchargeant les administrateurs de la responsabilité de leurs fautes légères.

Sans doute la loi ne permet pas aux sociétés anonymes de stipuler à l'avance dans les statuts, l'irresponsabilité de la faute légère mais en autorisant le « quitus » elle établit une sorte d'irresponsabilité conditionnelle et habituelle. La condition requise est ici un vote « a posteriori » de la majorité qui intervient presque toujours.

La minorité ne peut se plaindre. Rien dans les principes d'ordre public n'interdit l'établissement de l'irresponsabilité absolue de la faute légère, « a fortiori » rien n'interdit l'établissement d'une irresponsabilité conditionnée par un vote de la majorité. Le « quitus » de la faute légère doit être conservé.

Suppression du quitus du dol

a) CONTRAIRE À L'INTÉRÊT SOCIAL. — Au contraire le « quitus » du dol doit être supprimé, il est nuisible à l'intérêt social. En effet les administrateurs sont généralement sûrs d'obtenir « quitus » à moins d'une catastrophe, ils savent qu'ils seront irresponsables de leur dol comme de leurs fautes les plus grossières.

Bien gérer est pour eux une faculté laissée à leur bonne volonté, mais l'expérience montre que leur volonté n'est pas

(1) Voir l'article de M. Paul Esmin, Revue trimestrielle de droit civil 1926, « Les clauses de non responsabilité ».

toujours bonne. Des contrats lésifs pourront être signés. Toutes les malversations des administrateurs sont possibles si on ne parvient pas à prouver leur accord frauduleux avec la majorité, la société sera ruinée sans recours, la gestion des administrateurs, si étrange qu'elle puisse paraître, si fâcheux qu'aient été ses résultats, sera couverte.

b) A L'ORDRE PUBLIC. — Le « quitus » du dol viole encore l'ordre public.

Avec la complicité de la majorité, les administrateurs sont irresponsables de leur dol en face de la minorité. Le « quitus » valide le dol « a posteriori ». Ce résultat semble contraire aux principes généraux du droit. Le dol doit être réparé, la majorité peut s'en faire complice mais non le couvrir, seules des renonciations individuelles peuvent en supprimer la responsabilité.

(Rappelons que le « quitus » du dol découle de la théorie contractuelle et de la fiction d'unanimité, tous les actionnaires sont censés avoir voulu individuellement ce que veut la majorité. La « personne morale » absorbe ses membres, les associés n'ont point de droit en face de la société.)

La théorie institutionnelle commande la suppression du « quitus » du dol au nom des droits propres des actionnaires.

Sous l'institution il y a les associés qui ont un droit imprescriptible à n'être pas victimes d'un dol. Si l'on n'admet pas cela, il faut dire que l'on peut sans violer le droit dépouiller l'épargne.

CONCLUSION. — Tant au point de vue des droits propres de l'actionnaire que de l'intérêt social, le « quitus » du dol apparaît condamné.

**Effet social des actions exercées par les associés
individuellement lorsqu'elles sont fondées
sur un dommage causé au patrimoine social.**

Le droit propre de l'actionnaire pourrait être sauvegardé par l'action sociale exercée « ut singuli », produisant des effets semblables aux actions individuelles que l'on admet pour la violation de la loi ou des statuts. Il en résulterait une foule d'actions judiciaires fondées sur le même motif. actions ne suffiraient pas à sauvegarder l'intérêt de la société et des petits actionnaires : les règles de la justice sociale.

EFFET INSTITUTIONNEL. — Institution, la société doit être pleinement soumise aux règles de la justice distributive.

Chacun doit proportionnellement à sa part dans la société supporter les pertes qu'elle subit et bénéficier des indemnités qu'elle obtient.

Comme la violation des droits a été collective le rétablissement du droit doit être collectif. Le résultat du recours doit être de redresser l'institution. On obtiendra ce résultat en considérant que l'associé exerce une action de gestion d'affaires « pro se et pro alio ». (1)

PRINCIPE. — « Cette variété particulière de la gestion d'affaires consisterait dans le droit pour tout membre d'une collectivité d'exercer les actions judiciaires dont elle est investie lorsque les personnes à qui incombe le devoir de les exercer s'abstiennent de s'en acquitter ». (2)

EXEMPLES. — Dans le domaine du droit public nous voyons ce principe consacré dans divers textes ; son influence s'est manifestée par exemple dans le contentieux électoral.

(1) Cf. Barde, Traité des obligations (Dans le Traité de Droit civil, de Baudry, La cantinerie, T. IX, n° 2794). Cf. M. J. Valéry, « Du fondement du droit pour les actionnaires d'exercer les actions sociales », Annales de Droit commercial 1930, p. 180.

(1) M. Valéry, op. cit., ibid.

Tout électeur inscrit sur les listes d'une circonscription électorale a le droit de poursuivre l'annulation d'une élection au conseil général, au conseil d'arrondissement ou au conseil municipal (1).

Il n'a pas besoin de demander l'existence d'une lésion particulière causée à ses intérêts individuels (2), il représente en justice l'intérêt général de sa circonscription.

La disposition de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale est encore plus caractéristique : « Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demandant qu'en défendant, à ses frais et risques, les actions qu'il croit appartenir à la commune... et que celle-ci préalablement appelée à en délibérer a refusé ou négligé d'intenter ». Ici, l'action à introduire appartient non pas au plaideur pris individuellement, mais à la collectivité dont il fait partie « s'il a qualité pour ester en justice, c'est à cause de l'inaction dans laquelle se cantonnent les représentants de cette collectivité » (3).

Il semble que l'on retrouve la même théorie en droit romain.

N'y a-t-il pas eu un droit semblable à celui dont l'article 123 de la loi municipale arme les contribuables français, en ce sens que tout citoyen romain aurait pu faire valoir les actions qui normalement auraient dû être exercées par le municipe auquel il appartenait ? Le langage de certains textes autorise à le croire, cependant la question est controversée (4).

Par contre, il est certain que l'édit du prêteur conférait au premier venu le droit de défendre les intérêts d'une per-

(1) Loi du 10 août 1871, art. 15, 51 et 6 pour les Conseils généraux, loi du 22 juin 1833, art. 51, 5 mai 1855, art. 45 à 48, loi 5 avril 1884, art. 37. Cf. M. Valéry, *op. cit.*, p. 181.

(2) Conseil d'Etat. 9 mai et 7 juillet 1896, D. 98-2-9 ; S. 98-3-131. Cf. M. Valéry, *op. cit. ibid.*

(3) M. Valéry, *op. cit.*, p. 182.

(4) Lenel avait soutenu l'opinion affirmative dans la 1^{re} édition de son « *edictum perpetuum* » l'a écartée dans la 2^e, T. 1^{er}, p. 98. Cf. M. Valéry, *op. cit.* p. 183.

sonne morale « corpus universitas » (1), en un mot d'une institution corporation lorsque les organes spécialement chargés de cette fonction s'en abstiennent.

APPLICATION A LA SOCIÉTÉ ANONYME. — Appliquant ces principes à la société anonyme on posera les règles suivantes : Lorsque la majorité s'abstient d'exercer l'action sociale, l'actionnaire pourra donc l'intenter à sa place.

EXERCICE DE L'ACTION. — Mais si une fois l'instance engagée par un actionnaire, les représentants qualifiés de la société se décident à agir, l'actionnaire a le droit de rester en cause. La raison en est que la défaillance dont la majorité s'est rendue coupable en n'accomplissant pas son devoir spontanément, la rend suspecte. Elle est sans doute sous la dépendance des administrateurs contre lesquels l'action est intentée. Il importe que la personne qui l'a introduite puisse continuer à la suivre et à surveiller sa marche.

EXTINCTION. — Toutes les causes qui éteignent l'action sociale elle-même pourront être opposées aux actionnaires qui l'intentent. Tels sont par exemple le désistement, la transaction intervenue entre les administrateurs et l'assemblée.

Mais la transaction ne pourra être invoquée contre les actionnaires qu'autant qu'elle est exempte de fraude, ou plus exactement exempte de lésion grave. Cela découle de la base essentielle d'équivalence.

Une transaction qui donnerait aux administrateurs décharge de leur dol pour une somme très inférieure au préjudice causé, 3/12^e par exemple devra être déclarée nulle.

Une lésion grave d'outre moitiés, des 7/12^e suffira à vicier la transaction. L'existence d'une fraude consciente ne serait pas requise, car l'inconscience est le caractère habituel des assemblées, on ne saurait trop le répéter.

(1) Gaius. L. 133, D., Quod cujusc univ. 4 ; Lenel, Edictum perpetuum 2^e édit. 1907, p. 96 et suivantes, G. M. J. Valéry, op. cit., p. 183.

D'ailleurs, ce qui importe à la minorité, c'est bien moins les intentions de la majorité que la réparation d'un préjudice, réparation à laquelle elle a strictement droit.

La transaction détermine la forme de la réparation, mais elle n'éteint l'action que dans la mesure où elle consacre une réparation et non une renonciation frauduleuse.

EFFET DE L'ACTION. — Du fait que les associés agissent en qualité de gérants d'affaire « le profit entraîné par le succès de l'action engagée, doit revenir non pas aux demandeurs, mais à la société, puisque c'est dans son intérêt que la demande a été formée » (1). Ils auront simplement droit au remboursement par préférence des dépenses utiles qu'ils auront faites pour intenter le procès.

Pour que le Tribunal puisse adjuger à la société le profit de l'action, il faut qu'elle soit mise en cause. Ainsi la décision intervenue sera opposable à la société, et les administrateurs ne seront pas exposés à de nouveaux procès que d'autres actionnaires ou des représentants de la majorité s'aviseraient d'intenter.

L'action ayant un effet social profitera à tous les actionnaires, gros et petits suivant leur part dans la société, conformément aux règles de la justice distributive.

CONCLUSION. — Ainsi les actions judiciaires intentées par les gros porteurs protégeront les petits. Tout en diminuant le nombre des procès inutiles (une seule action sociale au lieu de multiples actions individuelles) on assurera le maximum de protection à l'Épargne.

Souvent même la seule existence d'un recours largement ouvert assainira les rapports de l'assemblée et des administrateurs. La crainte du Tribunal est pour quelques consciences, le commencement de la sagesse.

(1) Cf. M. Valéry, *op. cit.*, p. 184.

II. — De l'action individuelle en révocation

Ce sera sans doute un progrès pour les actionnaires que de toujours pouvoir agir en dommages et intérêts lorsqu'ils auront subi de trop graves injustices. Mais est-ce suffisant ?

La majorité verrouillée ou faussée par quelque autre combinaison s'abstient de révoquer et réélit des administrateurs déplorables, ceux-ci seront-ils inamovibles.

Les administrateurs pourront-ils, avec la complicité de la majorité, détruire l'institution à leur profit à charge de réparer les dommages causés aux personnes, — ou de ne rien réparer s'ils sont insolvables.

Aujourd'hui, pour éviter la spoliation complète, l'actionnaire n'a guère qu'un moyen : demander au Tribunal la dissolution de la société en vertu de l'article 1871.

N'est-il pas fâcheux que seule la destruction de la société permette à l'actionnaire d'obtenir justice.

Ne vaudrait-il pas mieux qu'il puisse obtenir le redressement de l'« institution » plutôt que sa destruction ? Ne vaudrait-il pas mieux obtenir le bon fonctionnement de la société plutôt que sa liquidation ?

C'est ce résultat que nous nous efforcerons d'atteindre.

PRINCIPE. — La révocation des mauvais administrateurs est le salut de l'institution.

L'inertie ou la mauvaise volonté de la majorité ne doivent pas pouvoir l'empêcher.

La révocation des mauvais administrateurs doit pouvoir être demandé en justice par la minorité pour les causes graves qui motivent la dissolution de la société en vertu de l'article 1871.

La révocation des administrateurs est une mesure moins grave et souvent meilleure que la dissolution anticipée.

Intervenant pour des raisons en quelque sorte politiques, elle peut être désastreuse au point de vue économique :

arrêt d'une affaire en pleine prospérité, frais élevés de liquidation, elle cause un préjudice grave à tous les associés.

Si la minorité peut demander en justice la dissolution anticipée, elle doit pouvoir demander aussi la révocation des mauvais administrateurs.

Pourquoi ce droit est actuellement méconnu ?

Actuellement, on ne reconnaît pas ce droit à la minorité. Ceci résulte de deux principes :

- 1^o Conception individualiste du droit de vote ;
- 2^o Principe de la direction par la majorité.

La conception individualiste du droit de vote, conduit à dire ceci : Le vote ayant pour fin l'intérêt des individus et non celui de la société la majorité a le droit de ruiner la société si bon lui semble.

De l'adoption de la théorie institutionnelle de la conception du vote, charge fonctionnelle, résulte la possibilité théorique de faire révoquer en justice le droit de direction appartenant à la majorité (si quelqu'un remplit mal sa charge on la lui retire).

Le projet Dauthy s'inspirait de la théorie institutionnelle lorsqu'il prévoyait la possibilité théorique de faire révoquer en justice pour juste cause (1) le privilège de vote des actions spéciales.

Cette solution est intéressante au point de vue doctrinal puisqu'elle conçoit la direction d'une société anonyme comme une charge exercée dans l'intérêt social, mais elle serait peut-être difficile à développer en pratique si la direction restait attribuée à la majorité. Comment révoquer le droit de vote attribué à une majorité d'actions ordinaires ? Pendant combien de temps ? Il est infiniment probable que l'on augmenterait ainsi la carence des assemblées ordinaires, les action-

(1) La juste cause envisagée n'était peut-être pas en elle-même indiscutable.

naires n'y viendraient plus par crainte de perdre le droit de vote. L'irrévocabilité sans juste cause supprime le « couvert de la désignation collective », elle attribue juridiquement aux administrateurs la direction, celle-ci devient plus facile à contrôler et à révoquer pour juste cause.

RÉFORMES. — On reconnaîtra donc à la minorité le droit de demander en justice la révocation des mauvais administrateurs. On pourrait l'accorder à toute minorité représentant 5 % du capital social. Faut-il aller plus loin encore et reconnaître à chaque actionnaire la faculté de demander en justice la révocation du conseil en se fondant sur les mêmes causes graves qui pourraient motiver la dissolution de la société ? De fait les groupements comportant 5 % du capital social sont souvent difficiles à former.

La démocratisation de l'épargne, la dissémination croissante des actions, rendra sans cesse plus difficile la réunion des groupements de défense.

La faculté individuelle pour chaque associé de demander au tribunal la révocation pour juste cause des administrateurs ou gérants est le droit commun des sociétés civiles ou commerciales, art. 1856 (1). Dérogent au droit commun les dispositions relatives aux sociétés de capitaux qui permettent à la majorité de maintenir de mauvais administrateurs et de ruiner ainsi la société si bon lui semble. La faculté individuelle d'agir en révocation des mauvais administrateurs, n'est qu'un retour au droit commun.

PRÉCAUTIONS. — Sans doute faudrait-il protéger les administrateurs contre les procès intentés sans fondement par des actionnaires sans surface. Dans ce but on pourrait exiger le dépôt préalable d'un cautionnement représentant non seulement les frais de justice « stricto sensu » mais encore tous les dommages que peut occasionner une instance.

Ce cautionnement serait attribué automatiquement aux

(1) Cf. M. Pic, T. II, p. ? .

administrateurs à titre de dommages et intérêts, lorsque le tribunal rejetterait la demande intentée contre eux.

CONCLUSION. — Cette action en révocation reconnue à la minorité serait le meilleur remède aux abus du « verrouillage ». Elle ne détruit pas la loi de majorité mais supplée aux insuffisances de son fonctionnement.

Elle organise la protection des petits actionnaires par les gros. Une minorité agissante de gros actionnaires protégera la majorité inerte des petits.

CONCLUSION

Si, s'inspirant des principes institutionnels, le législateur adopte ces réformes, une courbe continue réunira par une série d'intermédiaires la pure société de capitaux, qu'est la société anonyme de 1867, à la société de personnes. Ainsi modifiée, la société anonyme présenterait de grandes analogies avec une société à responsabilité limitée qui ferait appel au grand public (1).

Direction

La possibilité de stipuler l'irrévocabilité sans juste cause des administrateurs donnerait à la direction un régime d'indépendance et de stabilité contrôlée, elle permet de consacrer cet « intuitus personæ » dont on ne saurait s'écarter sans danger grave. Désignés par la majorité les administrateurs sont indépendants d'elle parce qu'inamovibles, s'ils administrent bien conformément à l'intérêt social, personne ne peut les faire révoquer, s'ils administrent mal, n'importe quel actionnaire peut les faire révoquer, ainsi les administrateurs sont attachés à l'intérêt social. Avec l'indépendance du conseil, se trouve assurée celle de la société.

Commissaires de Surveillance

De même la nomination d'un des commissaires de surveillance par le Tribunal lui donne l'indépendance nécessaire au bon accomplissement de sa fonction. La réforme de l'institution des commissaires aux comptes, leur constitution en corporation ne seront sans doute pas l'œuvre d'un jour, si elles sont jamais réalisées, elles permettront d'obtenir sur l'activité de la société une indispensable clarté malgré la carence de l'assemblée ordinaire.

(1) C'est l'appel au grand public ou à un cercle restreint qui sera peut-être entre la S. A. R. L. et la société anonyme la différence essentielle d'où découleront toutes les autres.

Réserves et Participations

Les modifications organiques qui se produisent à l'occasion du fonctionnement de la société sont enlevées à la compétence des assemblées ordinaires pour être confiées aux assemblées extraordinaires. Des conditions de « quorum » spécialement élevées protégeront l'épargne contre l'abus des réserves et des participations. Le droit de démission à l'expiration de la société ou à l'occasion d'une prise de participation, donnera à chaque actionnaire un moyen efficace de sauvegarde individuelle.

Contrôle de l'Assemblée

Nous avons essayé de rendre un peu d'efficacité au contrôle en rendant un peu de vie à l'assemblée. Pour cela nous nous sommes efforcés de développer l'« intuitus personæ » à l'aide de diverses primes de vote, fidélité, présence ; nous avons augmenté l'influence de l'épargne des actionnaires qui participent le plus complètement à l'intérêt social en la dégageant des éléments inertes ou parasites dans laquelle elle est actuellement enlisée.

Nous avons été amenés à supprimer pour cela toute limitation à l'influence des gros actionnaires, à supprimer les actions spéciales à droit de vote privilégié, à demander que le droit de vote soit attribué en considération de la valeur réelle des actions et non de leur valeur nominale, à refuser le droit de vote aux spéculateurs. Enfin pour protéger les petits actionnaires contre l'oppression éventuelle des gros et contre le verrouillage, nous avons été conduits à demander l'adjonction à la majorité par sommes d'une seconde majorité par têtes pour l'approbation des comptes.

Contrôle du Tribunal

Constatant que malgré ces réformes, l'assemblée ordinaire ne suffisait souvent pas à assurer sa mission et que par ailleurs le contrôle du dol et de la faute lourde correspond à un droit propre de l'actionnaire, nous avons développé le recours individuel au Tribunal.

L'action en révocation reconnue à la minorité permettra toujours de mettre fin à une gestion par trop mauvaise. La restriction des effets du « quitus » permettra à chaque actionnaire la réparation du dommage causé par dol. L'effet social attribué à toute action fondée sur un préjudice causé au patrimoine social permettra à l'initiative individuelle de suppléer à la carence des assemblées.

Ainsi notre société anonyme ne pourra plus couvrir d'une forme juridique de trop graves injustices, le législateur aura fait quelque chose pour faciliter aux honnêtes gens l'accomplissement de leur devoir et pour gêner les fraudes.

*
* *

Il n'en est pas moins vrai que le nouveau texte sera tourné lui aussi, par les gens habiles, ses mailles ne retiendront pas tous les abus.

Si nous constatons par ailleurs que nos vieilles sociétés anonymes, quels que soient leurs vices constitutionnels, ont souvent donné de bons résultats, satisfaisant à toutes les obligations de l'honnêteté et de la morale sociale, on trouve cette leçon mainte fois donnée par l'histoire : mises en œuvre par des hommes pervers, les meilleures institutions engendrent des abus ; mises en œuvre par des hommes de bien, les plus mauvaises donnent des résultats acceptables.

L'histoire a vu maints changements — vit-elle jamais profonde réforme sociale — sans réforme morale des personnes ?

Vu : Lyon, le 1^{er} Juin 1932

Le Doyen,

L. JOSSERAND.

Vu : Lyon, le 19 Mai 1932

Le Président de la Thèse,

M. COHENDY.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur,

Pour le Recteur et par délégation,

Le Vice-Président du Conseil de l'Université,

KLEINCLAUSZ.

BIBLIOGRAPHIE

Principaux ouvrages et articles de doctrine cités dans ce travail

- AMIAUD. — Les nouvelles formes d'entente entre producteurs devant la loi pénale. Les actions à droit de vote inégal.
- BARRAULT. — La gestion des actions A et B. Rec. jur. des soc., 1921.
- BAILLY (Lucien). — Défense des actionnaires et Finance minière. Nancy 1930.
- BONCOUR (Paul). — Le Fédéralisme économique. Paris 1900.
- BONNASSIEUX. — Les grandes compagnies de Commerce et de Colonisation.
- BONNEFON-CRAPONNE. — La pénétration économique et financière des capitaux en Europe. Paris 1930.
- BOURCART. — Annales de Droit Commercial 1914. Les actions à vote plural (Journal des Sociétés, septembre, octobre 1923).
- BROCARD (Lucien). — « Principes d'économie nationale et internationale ».
- CAILLAUX. — Avis au Sénat, 1931, p. 135.
- CHARIGNON (Pierre). — « Sociétés de placement et sociétés de contrôle. » « Librairie générale de Droit et de jurisprudence. » Paris 1932.
- CHIATI. — Les ententes industrielles internationales (Bossuet, Paris, 1929).
- COHEN. — Etude du projet de code de commerce roumain. Bulletin de la Société de législation comparée, année 1931.
- COHENDY. — Préface à la thèse de M. Mazeaud. « Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux. »
- COHENDY, GOUNOT — PRÉVOST-PARADON. — Projet de loi sur les actions spéciales.
- CUCHE (Paul). — Cours sur la théorie institutionnelle (Semaine sociale de Lyon, 1925).
- CUQ. — Manuel des institutions juridiques des Romains (Plon, 1917).
- CURTI. — Manuel de Droit civil et commercial anglais (Payot).
- CLAUDON. — Les abus dans l'administration des Sociétés par actions (Thèse, Paris, 1926).
- DANSET. — Le problème de l'autorité dans l'entreprise (Semaine sociale de Lyon, 1925).
- DARCY. — Pour la liberté des sociétés et la défense de l'épargne (Revue politique et parlementaire, mai 1930).
- DAUTHY. — Rapport au Sénat sur les actions à vote privilégié. 17 décembre 1930.

- DAVID. — La protection des minorités dans les sociétés par actions (Sirey, 1929).
- DECUGIS. — L'abus du droit dans les sociétés par actions (J. S., 1925).
- DELILLE. — Revue politique des idées et des institutions. 15 février 1931. « A propos des actions à vote plural. »
- DELOS. — La théorie de l'Institution (Archives de philosophie du Droit, Cahiers 1 et 2, Sirey, 1931).
- DUQUESNOY. — La dissolution des sociétés pour justes motifs (Thèse, Lille, 1926).
- DURAND (Paul). — La protection de l'épargne (Spes, 1930).
- ESCARRA. — Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions (Ann. D^e comm., 1910).
- ESMEIN (Paul). — Les clauses de non responsabilité (Revue trimestrielle de Droit civil, 1926).
- FRAISSINGEA. — Le double critérium de l'action (Ann. Droit comm., 1914).
- GERMAIN-MARTIN. — Revue Financière du Journal des Débats, 1^{er} octobre 1928.
- GONNARD (René). — Histoire des doctrines économiques (Valois, 2^e éd.).
- GOUNOT (Emmanuel). — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (Rousseau, 1912). — L'entreprise industrielle d'aujourd'hui (Cours à la Sem. soc., Besançon, 1929). — Actionnaires et conseils d'administration (Sem. soc., Mulhouse, 1931).
- HAMEL. — L'« affectio societatis » (Revue trimestrielle de Droit civil, 1925).
- HAURIOU. — Principes de Droit public, 2^e éd. — « L'institution et le Droit statutaire ». — Recueil de législation, Toulouse, 1906. — 4^e Cahier de la nouvelle journée. — « Essai de vitalisme social. » — « La théorie de l'institution et de la fondation. »
- JEZE. — Journal des Finances, 29 novembre 1929.
- JOSSERAND. — Essai de Téléologie juridique Dalloz.
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de Droit commercial, 3^e éd. Paris, 1925.
- LAURENT (Ch.). — Rapport, Gazette des Sociétés et du Droit financier.
- LEPARGNEUR. — De l'exclusion d'un associé. J. S. 1928.
- LUCIEN-BRUN (Emmanuel). — Les actions à vote privilégié (Revue catholique des institutions et du Droit, janvier 1926).
- MARLIO (Louis). — Les actions à vote plural (Revue politique et parlementaire, 10 juin 1929).
- MARTIN S^e LEON. — Histoire des corporations de métiers (Alcan, 3^e éd.).
- MARIN (Xavier). — Le régime juridique et fiscal des sociétés de participation dans le Grand Duché de Luxembourg (Revue sociale, juin 1931).

- MASSONAUD. — Les actions à vote privilégié en France et à l'étranger (Rousseau, 1930). — Les actions à vote privilégié au Sénat, 10 juin 1931.
- MATHIEU et BOURGUIGNAT. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867.
- MOLIERAC. — Du choix et des attributions des commissaires aux comptes dans les sociétés par actions (Revue des sociétés, avril 1931).
- MORIN (Gaston). — Vers la révision de la technique juridique (Archives de la Philosophie du Droit, 1931).
- PERCEROU. — Les actions à droit de vote privilégié (Annales de Droit commercial, 1930, n° 1). — Les syndicats de producteurs (Annales de Droit commercial, 1897 et 1910).
- PIC (Paul). — Des sociétés commerciales (Rousseau, Paris, 1925). — Critérium légal de la distinction de l'intérêt et de l'action. — Traité de législation industrielle (Rousseau, 1922).
- PIC et BARATIN. — Des sociétés à responsabilité limitée (Juris-classeurs, Godde, Paris).
- PICARD (R.). — La défense des actionnaires (Revue politique et parlementaire, 10 mai 1931). — Les actions à vote privilégié au point de vue économique (Revue d'économie politique, septembre, octobre 1930).
- PIOT (Alice). — Observations sur l'objet des sociétés commerciales (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1930).
- PIOT (Georges). — Cours à la Semaine sociale de Toulouse, 1921.
- PORTEU. — Avis au Sénat, 26 février 1931.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil (Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1926).
- RAMADIER. — Rapport à la Chambre des Députés, 11 juillet 1930.
- RENARD (Georges). — Essai d'ontologie juridique (Sirey, 1930).
- ROSENDORF. — Projet de loi pour la réforme du droit allemand des actions (Annales de Droit commercial, janvier 1930).
- ROUBIER. — La distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi (Revue trimestrielle de Droit civil, 1928).
- SOLUS. — Les actions à droit de vote privilégié en France et à l'étranger.
- TCHERNOFF. — Les syndicats financiers (Sirey, 1930).
- THALLER. — Traité élémentaire de Droit commercial (3^e éd.). — Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions (Annales de Droit commercial, 1903).
- TRUCHY. — Le Capital, 27 juin 1928.
- VALENSIN (Albert). — Traité de Droit naturel (Spes, Paris, 1925). — Cours à la Semaine sociale de Toulouse, 1921.
- VALERY (Jules). — Du fondement du Droit pour les actionnaires d'exercer les actions sociales (Annales de Droit commercial, 1930).
- WAHL. — Commentaire de la loi du 22 novembre 1913 (J. S. 1914). — Précis de Droit commercial. — Revue politique et parlementaire 1930.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Périodiques français et étrangers

Annales de Droit commercial, abrégé A. D^e com.
Archives de Philosophie du Droit.
Bulletin pratique de jurisprudence financière.
Bulletin mensuel de la société de législation comparée.
Chronique sociale de France.
Le Capital.
Gazette des sociétés et du Droit financier.
Gazette du Palais (Gaz. pal.).
L'Information.
Journal des Finances.
Journal des Sociétés (J. S.).
Le Pour et le Contre.
Le Petit Capitaliste.
Pasirisie belge.
La Vie Financière.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue pratique du notariat belge.
Revue politique des idées et des Institutions.
Revue politique et parlementaire (Rev. pol. et parl.).
Revue catholique des institutions et du Droit.
Recueil juridique des sociétés (Rec. jur. soc.).
Revue de droit bancaire.
Revue pratique des sociétés belges.
Revue de Swissbank.
Revue trimestrielle de Droit civil.
Revue d'économie politique.
Revue des sociétés (Rev. Soc.).
Recueil général des lois et arrêts, Sirey, S.
Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz. D. P.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION — ETUDE ECONOMIQUE

(Page 7)

A) *Avantages de la Société Anonyme.* — Forme fonctionnelle de la propriété. — Limitation du risque. Critique d'ordre moral : la ruine de la société n'entraîne pas nécessairement celle des administrateurs. Réfutation. Avantage moral. Extension du principe de gage réel, — Facilite le développement industriel.

B) *Rôle de la Société Anonyme.* — Est la forme naturelle des grandes entreprises. Ancien Régime, mise en valeur des colonies. Multiplication au XIX^e siècle. Permet aux petits et moyens entrepreneurs d'éviter la responsabilité « in infinitum ». A partir de 1925, la Société à responsabilité limitée vient leur rendre ce service. La forme anonyme semble de nouveau réservée aux grandes entreprises.

C) *Le milieu économique* dans lequel évolue la société anonyme s'est beaucoup modifié. Histoire ; démocratisation de l'épargne, circulation de plus en plus rapide des titres, anonymat croissant des porteurs, dispersion d'un même patrimoine entre plusieurs sociétés différentes. Conséquences : Carence de l'épargne aux assemblées. — « Institutionnalisation » du milieu économique, — formation de groupes financiers qui deviennent un danger dans les assemblées. Réadaptation du Droit au fait. Limiter le pouvoir trop grand de l'assemblée.

CHAPITRE PREMIER

Exposé de la Théorie contractuelle

(Page 14)

Il n'y a dans la société qu'un contrat, et les effets d'un contrat, des volontés individuelles autonomes libres de toute règle d'équité y créent tout droit.

A) *Fondation. Fonctionnement.* — Toute autorité appartient aux actionnaires, une délégation de volonté l'attribue aux administrateurs ses mandataires. Fiction d'unanimité.

B) *De la personnalité morale.* — Pas d'intérêt social distinct de celui de la majorité. La fiction de personnalité morale s'étend aux rapports internes de la société avec les associés, ceux-ci sont sacrifiés.

C) *Des modifications statutaires.* — La théorie contractuelle devrait les subordonner au consentement unanime des actionnaires. Fiction. Des bases essentielles. La loi de 1913 n'en mentionne que deux. Nationalité et quotité des engagements des actionnaires. Critique des conséquences de la loi de 1913 et de la théorie contractuelle.

CHAPITRE II

De la Théorie contractuelle à la Théorie institutionnelle

(Page 21)

De quelques modifications ou contradictions apportées à la théorie contractuelle par les règles générales de l'interprétation des contrats.

A) *Intention des parties.* — Droit propre d'exiger la poursuite d'un intérêt commun. Celui-ci marque la limite des droits des associés. Droit d'exiger un minimum d'activité de la direction et que cette activité ne soit pas détournée de l'intérêt commun. D'abord l'application de l'article 1871 à la société anonyme. Objection. Réfutation. Enfin, la jurisprudence sanctionne le droit propre d'exiger une bonne gestion par la nullité des décisions abusives.

B) *La théorie de la bonne foi.* 1^{re} opinion. — Un intérêt individuel suffit à justifier la décision de la majorité. L'intention de nuire seule est abusive. Critique. Cette opinion permet des spoliations et s'accorde mal avec les textes du Code civil. La jurisprudence suit la première opinion au XIX^e siècle, puis étend la notion de fraude au XX^e, annulant les décisions motivées par l'intérêt personnel de la majorité mais non conformes à l'intérêt social. Exemples. Déductions.

2^e opinion. — Les décisions non conformes à l'intérêt social sont nulles.

CHAPITRE III

La Théorie institutionnelle

(Page 33)

Sa consécration par la jurisprudence. Date précise difficile à déterminer. Jurisprudence peu cohérente. Arrêts dès la première décennie du XX^e siècle, s'affirme par la suite.

Exposé de la théorie institutionnelle

A) *De l'institution.* — Ressemblance de la société anonyme et des corps publics. Définition. De la personnalité morale. Un intérêt « Intermédiaire » distinct des intérêts individuels. Une volonté pour le poursuivre. Cette volonté doit être une. Nécessité de l'autorité. Celle-ci doit demeurer attachée à la poursuite de l'intérêt social, où il y a destruction de l'institution.

De la mission de poursuivre le bien commun découle l'autorité. — Conséquences : Répartitions du pouvoir selon « l'affectio societatis », développement de « l'intuitus personae ».

De la finalité découlent les règles de différenciation et de spécialité. L'intérêt social est durable. D'où règles de continuité et de variabilité. Possibilité de modifier les statuts.

B) *Le tout et les parties. Rapports de la société et des associés.* — De l'interdépendance institutionnelle. L'emprise de l'institution sur ses membres n'est pas totale. Des réserves aux sacrifices de l'autonomie de la volonté et de la propriété privée seront les bases essentielles du contrat de société. Droits propres de l'actionnaire. Notion de patrimoine en main commune. La fiction de personnalité morale ne s'étend pas aux rapports internes de la société et des associés. Suppression de la fiction de l'unanimité. L'autorité trouve sa limite dans les besoins de l'intérêt social, d'où droit propre d'exiger une gestion conforme à l'intérêt social, et de déférer les actes sociaux au contrôle du Tribunal.

C) *La base d'équivalence, première base essentielle de la société d'où le droit de retraite au terme de la société.* — En effet, nécessité de reconnaître à la majorité le pouvoir de mettre en réserve tous les bénéfices distribuables et de proroger la société et de sauvegarder les droits financiers des actionnaires.

La théorie institutionnelle semble donner à l'objet social le caractère d'une base essentielle du contrat de société. Controverse. Le pouvoir de modifier l'objet social doit être reconnu à la majorité et le droit de démission aux actionnaires.

Les limites des droits de l'institution et des droits de l'individu ne peuvent être déplacées que de leur consentement mutuel. Seule l'unanimité peut augmenter les engagements des actionnaires.

D) *Caractères institutionnels du contrat de fondation.* — Contrat d'adhésion d'où large pouvoir d'intervention réglementaire de l'Etat.

Effet de la théorie institutionnelle: Protège la personne humaine. Reproche : étendre le domaine de l'Etat. Réponses.

CHAPITRE IV

Refus du droit de vote à tous ceux qui n'ont pas dans la société d'intérêt financier

(Page 56)

Le vote est une charge, attribué conformément à l'intérêt social à ceux qui ont « l'affectio societatis ».

Premier élément; élément essentiel de « l'affectio societatis » : acceptation d'un risque, refus du droit de vote à ceux qui n'ont point d'intérêt financier dans la société.

A) *Interdiction du trafic des pouvoirs.* — Sa nullité généralement admise insuffisante. Disposition pénale.

Des sociétés de placement émettrices de certificats. Etude. Refus du droit de vote.

B) *Point d'intérêt dans la société.*

a) Reporteurs, prêteurs à court terme. Moyen d'acquérir des pouvoirs sans courir de risque.

b) Vendeurs à terme.

CHAPITRE V

Volonté de poursuivre le bien commun

(Page 62)

« L'affectio societatis » ne suppose pas seulement la possession d'un droit financier dans la société mais demande encore volonté de poursuivre le bien commun d'où à droit financier égal, variation du pouvoir.

Refus aux spéculateurs au comptant, possesseurs de titres en gages. Ils n'ont pas cette volonté.

Attribution à l'épargne selon la volonté de poursuivre le bien commun.

Diverses catégories d'actionnaires.

a) *Au porteur.* — Esprit de spéculation. Peu d'« affectio societatis ».

b) *Au nominatif.* — Fidélité en général.

Depuis 10 ans acceptation plus complète des risques. Participation plus complète à l'intérêt social.

Texte proposé. — Texte sénatorial. Critique.

CHAPITRE VI

Collaboration au fonctionnement de la société

(Page 73)

De la collaboration institutionnelle, signe d'« affectio societatis ». Il faut la développer et développer ses effets.

a) Prime de présence. Impératives.

b) Suppression des clauses limitatives du nombre de voix dont un actionnaire peut disposer. Réorganisation d'une seconde majorité par têtes, majorité de secours.

CHAPITRE VII

Attribution du pouvoir de vote selon l'intérêt social à chaque personne en particulier

(Page 79)

Dans quelle mesure est-ce possible ? Texte général. Peu pratique.

1) *Mais refus aux administrateurs* du droit de vote sur le contrôle de leur gestion.

2) *Du droit d'exclure de la société* les actionnaires qui font opposition malicieuse à la poursuite de l'intérêt social.

3) *Des clauses restrictives de transmissibilité.* — Effets, avantages, inconvénients.

CHAPITRE VIII

Des actions spéciales à droit de vote privilégié

(Page 87)

Définition. Historique. Validité.

Discussion de M. Dauthy. Ensemble de la doctrine, jurisprudence.

Effet du privilège de l'action spéciale: tend à dissocier le pouvoir du risque sans y parvenir jamais complètement.

Maximum théorique, pratique.

Est-il justifié par « affectio societatis » ? Non, intérêt social ne justifie aucune augmentation de pouvoir en faveur des actions à vote privilégié.

Répartition dans le public. En fait à la disposition des administrateurs.

Modalités. — Majorité absolue ? Masse de défense, effet semblable, suppression du contrôle.

Suppression des actions spéciales. — Question de la non rétroactivité. Caractère contractuel. Effet immédiat seulement.

Caractère institutionnel, modification possible. Suppression par les intéressés eux-mêmes, doit être conforme à l'équité. Arbitrage. Texte sénatorial.

CHAPITRE IX

Les actions à vote plural ont-elles été vraiment supprimées par le texte sénatorial ?

(Page 100)

Problème posé par l'existence des diverses catégories d'actions ayant des valeurs réelles différentes pour des nominaux égaux.

Différence dans la quotité du risque. — Exemple, moyen d'obtenir des actions ayant de gros privilèges. Par émission d'actions à faibles droits financiers, forte valeur nominale. Opération possible même dans les sociétés peu prospères grâce à une réduction de capital préliminaire.

Procédé inverse, émission d'actions nouvelles à forte valeur réelle pour un faible nominal. Les actions anciennes dépouillées de presque tous leurs droits financiers et de presque toute leur valeur réelle gardent un nominal et un pouvoir de vote élevés.

Différence dans la nature du risque. — Différence de rang d'où variations relatives de valeur au cours de la vie sociale.

Le problème des actions à droits financiers différents à l'étranger. — Angleterre, actions « deferred et preferred ». Amérique, Allemagne, actions sans droit de vote, effets, critique.

Solution pratique : fixer le droit de vote en égard à la quotité du capital réel.

CHAPITRE X

Du verrouillage

(Page 108)

Définition, schéma. — Possibilité d'interdire le verrouillage qui a pour but de supprimer le contrôle de l'épargne réalisé par les majorités par sommes. Difficulté de prohiber celui qui résulte de la rationalisation économique.

Peu d'efficacité des assemblées par tête.

Le fonctionnement des assemblées apparaît compromis.

CHAPITRE XI

Des Commissaires de surveillance

(Page 111)

Leur rôle actuellement nul.

I. Etat actuel. — Nomination par l'Assemblée. En fait par les administrateurs. Dépendance. Incompétence. Caractère nominal de la fonction. Divorce des bilans et de la réalité. Irresponsabilité pratique. Le contrôle de l'Assemblée fonctionne très rarement. Lorsqu'il s'exerce il est anihilé par l'insolvabilité des censeurs.

II. Réforme. — Appel à la théorie institutionnelle.

a) *Nomination* : un des commissaires est nommé par le tribunal.

Le tribunal ne pourra choisir que les membres d'une institution corporation professionnelle.

b) *Constitution de corporations professionnelles.*

1) Assurera la compétence de leurs membres d'où caractère réel de la fonction.

2) Réglementera les bilans.

3) Contrôlera l'activité des commissaires parallèlement à l'assemblée, augmentera l'efficacité du contrôle de cette dernière par des cautionnements.

Objection : cela coûtera cher. Réponse : moins que les fraudes.

III. Faut-il attribuer à l'Etat le rôle de la corporation. — Vérification par les agents de l'enregistrement. Réglementation des bilans.

Inconvénient pour les administrés. Irresponsabilité des agents de l'enregistrement. Rigidité excessive des règlements. Inconvénient pour l'Etat : responsabilité trop lourde. Le rôle de l'Etat doit se borner à un contrôle. Conclusion : effets pratiques.

CHAPITRE XII

De la direction

(Page 120)

A qui appartient-elle ? Aux administrateurs. Leur situation. La révocabilité « ad nutum » par l'assemblée. La révocabilité « ad nutum » est-elle un droit de contrôle ? Non. Une forme de la responsabilité

ministérielle ? Non, pas de responsabilité sans préjudice. Le droit de révocation « ad nutum » qui appartient à l'Assemblée est un droit de direction à fin égoïste opposé à la doctrine institutionnelle. Notion de délégation des pouvoirs par la majorité. Survivance de la théorie contractuelle et de la fiction d'unanimité. Etude de ses conséquences

CHAPITRE XIII

La révocabilité « ad nutum » donne à l'Epargne un pouvoir de direction inutilisable pour elle

(Page 124)

Souvent incapable de contrôler, l'épargne est incapable de diriger

La loi de différenciation des fonctions tend à dissocier la fonction d'épargne de celle de direction.

CHAPITRE XIV

Répercussion de la révocabilité souveraine sur les administrateurs et la marche de la société

(Page 127)

Elle lèse les administrateurs. Elle est contraire aux intérêts de la société. Inconvénients du risque de révocation injustifiée. Nécessité d'une prime d'assurance. Fâcheuse répercussion sur la politique des administrateurs. Inconvénients de la révocation accomplie (besoin de continuité). La révocabilité « ad nutum » est nuisible au pays tout entier. Les administrateurs perdent la notion du service social. L'instabilité dans les organes unit à la bonne marche de l'économie générale.

CHAPITRE XV

Le danger de mainmise

(Page 133)

Le droit de direction des actions inutilisable pour l'épargne est dangereux pour elle. Danger de mainmise. Etude théorique. Conséquences de la mainmise : la société perd toute indépendance, toute vie propre, absorption virtuelle, les administrateurs sont des personnes interposées, livrées à tous les chantages.

Diverses variétés du danger de mainmise. — Syndicat de valorisation. Spéculation sur les titres. Clients et fournisseurs. Dangers des contrats d'achat et de vente. Emprunteur, abus des crédits. Concurrency. Laisser dépérir la société. Mainmise étrangère, en France, aux colonies.

CHAPITRE XVI

De la concentration

(Page 145)

La révocabilité « ad nutum » et le droit de direction de l'action ont des répercussions fâcheuses sur l'économie générale. Favorisent la concentration par fusion virtuelle. Qu'est-ce que la concentration ? Centralisation économique. La révocabilité « ad nutum » est l'instrument de la centralisation. Le principe de la direction par le capital se détruit par son développement logique. Système des holdings emboîtés. Effet : concentration virtuelle.

Le Fédéralisme et la concentration au point de vue chrématistique. — Avantage de la concentration : l'ordre. Défaut : organisation défectueuse, inertie. Supériorité de la fédération. Réunit les avantages de l'atomisation et de la concentration : activité, ordre, sans leurs défauts, anarchie ou inertie. Le cartel, institution d'entreprise, ne fait pas de la concentration un mode général d'organisation, — mais il ne l'exclut pas lorsqu'elle s'impose au nom du principe de spécialité. Dans ce cas la concentration ne doit pas demeurer sous la forme virtuelle, mais prendre la forme de « consolidation », fusion pleine et entière. Caractère limité et temporaire de cette concentration.

Caractère complexe du fédéralisme économique. — Nécessité d'une pyramide de cartels pour obtenir une collaboration mondiale. Au point de vue chrématistique le cartel l'emporte sur le trust :

Le fédéralisme et la concentration au point de vue politique. — Nécessité d'un contrôle sur les corps économiques relativement facile si la forme est fédéraliste. Impossible pour la forme centralisée : type trust. Le fédéralisme laisse subsister la personnalité économique des pays. La concentration la détruit. Impossibilité pratique de s'opposer à la concentration sans modifier la cellule du corps économique, la société anonyme. Les adversaires de la concentration seront ceux de la révocabilité souveraine.

CHAPITRE XVII

Critique morale de l'attribution de la direction au capital par la révocabilité « ad nutum »

(Page 157)

Principe de la prééminence du capital. Objection. Propriétaires. Réponse, au nom du capital. Conception institutionnelle de l'autorité des administrateurs. Le capital ne leur donne pas pouvoir mais les désigne seulement. Réponse : subordination en fait.

Disparition des responsabilités morales de la direction. — Division des responsabilités de la direction. Impossibilité pour les actionnaires de les assumer, ils ne connaissent que leurs intérêts personnels. Absence de chef.

CHAPITRE XVIII

Remèdes aux inconvénients de la révocabilité souveraine, obtenus par la modification de l'Assemblée

(Page 161)

I. Influence des actions à vote privilégié. — Des privilèges de votes massifs. Assure la continuité : excessive, stabilité absolue, incontrôlée. Assure-t-elle l'indépendance ? La met à la discrétion des administrateurs qui peuvent l'aliéner. Diverses formes de mainmise. Effets contradictoires.

Privilèges de votes limités : cumulent les inconvénients du vote égalitaire et du vote privilégié. La direction peut-être vendue par les administrateurs et par les capitalistes. — Exemples : — Le vote plural assure mal les fonctions qu'il assume parce qu'il n'en reconnaît pas la fin.

II. Effets des modifications proposées.

a) Prime de vote. La prime de fidélité supprime les mainmises spéculatives, facilite les mainmises préparées de longtemps.

b) majorité par tête. Supprime le danger de mainmise mais assure la dictature des administrateurs en maintenant le couvert de la désignation collective.

CHAPITRE XIX

Diminution ou suppression du droit même de révocation

(Page 175)

Les actions à vote privilégié diminuent ou suppriment le droit de direction qui appartient au capital. Procédé direct pour obtenir ce résultat : suppression du droit de révocation par forte augmentation de la majorité nécessaire. Avantages, inconvénients. Diminution du droit de révocation par faible augmentation de la majorité. Etude de l'article 6 de la loi du 27 avril 1930 adoptant la système de la révocabilité diminuée. Eloge de l'article 6 qui consacre un principe de continuité et « d'intuitus personae ». Critique de l'article 6 qui tend à établir une dictature du conseil en supprimant le contrôle. Inopérant contre le danger de mainmise. — Exemples : — Nous n'en retiendrons qu'une idée, la stabilité des administrateurs par la limitation du droit de révocation et le principe de réélection.

CHAPITRE XX

De la révocabilité pour juste cause

(Page 182)

Etude théorique. Le droit de révocation soumis à la théorie institutionnelle. Limiter l'usage du droit de révocation par la notion de finalité. La fonction d'administrateur est un pouvoir d'autorité ;

elle diffère d'un mandat individuel par sa finalité qui est collective et non individuelle. La révocation du mandat individuel ne cause aucun préjudice aux co-mandats. La révocation injustifiée du mandat collectif cause un préjudice aux co-associés. La finalisation de la révocation découle de la théorie institutionnelle.

Quelle sera la sanction de l'abus du droit de révocation ? Dommages et intérêts ou nullité. Possibilité. Précaution.

Objection. La mobilité des titres. — Réponse. Elle rend nécessaire l'inamovibilité des administrateurs pour assurer la continuité.

Contrôle. — Révocation fondée suffit. Mêler le droit à la morale. Ce n'est pas un mal.

Le gouvernement des juges. Il vaut mieux que celui des escrocs.

Avantages de l'irrévocabilité sans juste cause. — Transfert la direction aux administrateurs, laisse le contrôle aux actionnaires. Conséquences sociales et morales. Transformation de l'autorité. Caractère effectif des responsabilités. Facilités pour le renflouement d'une affaire. Fondateurs administrateurs assurés d'une juste stabilité.

Continuité,

Suppression du danger de mainmise en général. — Cas de la mainmise étrangère. Discussion.

Question de la concentration. — L'irrévocabilité sans juste cause s'y oppose, par contre, elle permet une forme perfectionnée d'institution sous forme de holdings. Elle tend à instaurer une organisation fédéraliste. Avantages politiques.

CHAPITRE XXI

L'irrévocabilité sans juste cause et la loi positive

(Page 195)

Etat actuel des textes. Loi de 1867. Opinions favorables lors de la promulgation de la loi. Jurisprudence. Son caractère illogique et fâcheux.

Intervention du législateur. — Irrévocabilité sans juste cause ou révocabilité « ad nutum » laissées au choix des statuts.

Mise en œuvre de la notion de juste motif.

1) Application des règles générales de l'abus de droit. Décision non motivée mais soumise au contrôle judiciaire.

2) Révocation prononcée par le Tribunal.

3) Prononcée par l'Assemblée dans une décision motivée. Des causes de révocation, pourront-elles faire l'objet d'une énumération limitative ? Elles doivent être graves. Durée de la fonction d'administrateur. Rédaction nouvelle de l'article 22. Commentaire. Comparaison du régime éventuel de la société anonyme et du régime actuel des autres types des sociétés, en particulier des sociétés à responsabilité limitée.

CHAPITRE XXII

La règle de spécialité et les modifications qui se produisent dans l'organisme à l'occasion de son fonctionnement

(Page 210)

1. En modifiant l'organisme on modifie son fonctionnement. — Les voies et moyens par lesquels l'institution atteint son but seront spécifiés par une assemblée extraordinaire. La substitution de la compétence d'une assemblée extraordinaire à celle d'une assemblée ordinaire découle de la règle institutionnelle de spécialité. Ses avantages.

2) En fonctionnant l'organisme se modifie.

a) des réserves et participations :

Abus des réserves) Celles ci peuvent devenir un danger pour les actionnaires qui sont spoliés non seulement des bénéfices mais encore du capital par l'effet de prorogations de l'abus des tantièmes.

b) Abus des participations : Dangers pour la société de sortir de sa spécialité souvent conséquences graves. Changer l'objet social, multiplier l'abus des tantièmes « cascades de tantièmes ».

La loi doit-elle interdire les réserves et participation ? Non, motifs.

Essai de réforme. Réfréner les abus.

1) Des réserves. — Les réserves portent intérêt. Le droit de démission diminue le danger de l'abus des réserves. La constitution des réserves sera soumise à la compétence des assemblées extraordinaires selon la règle de spécialité. (Ce sont des augmentations de capital) ainsi contrôle sérieux.

2) Des participations. — Donneront lieu à démission, seront soumises à la compétence des Assemblées extraordinaires en vertu de la règle de spécialité : changements de l'objet social.

CHAPITRE XXIII

Du contrôle institutionnel

(Page 225)

Son but inconvénients. Violation de loi ou des statuts. Excès de pouvoir. Détournement de pouvoir ou activité insuffisante.

Sanctions. A postériori : réparation

Préventives : révocation.

La réforme du contrôle institutionnel résultera de celle de l'assemblée.

CHAPITRE XXIV

Le contrôle du Tribunal

(Page 228)

Les droits propres de l'actionnaire et la protection individuelle des intérêts de l'institution, *justification du pouvoir d'intervention du Tribunal*. Double limitation du pouvoir de l'Assemblée.

I. Sa fin.

2^o Les recours individuels contre la mauvaise gestion.

Droits propres de l'actionnaire, le recours au Tribunal suppléera à la carence de l'assemblée. — Objection : Le tribunal ne doit pas devenir la Cour d'Appel des Assemblées. Réponse.

I. Des actions en dommages intérêts. — Critique du régime actuel.

1) Le quitus couvre le dol dans la gestion.

2) Effet individuel d'actions fondées sur un préjudice causé au patrimoine social. Procédés juridiques par lesquels sont obtenus les résultats actuels. Actions sociales et individuelles. Définitions. Distinctions. Conditions d'ouverture subsiste-t-il une action individuelle fondée sur le dol dans la gestion après quitus ?

Jurisprudence hésitante, négative.

Réformes : Restriction du quitus à la faute légère. Suppression du quitus du dol. Le quitus de la faute légère est conforme à l'intérêt social et respecte les droits propres de l'actionnaire. Le quitus du dol est nuisible à l'intérêt social, viole les droits propres de l'actionnaire. Effet institutionnel des actions exercées par les associés individuellement. Lorsqu'elles sont fondées sur un dommage au patrimoine social. Discussion. Action de gestion d'affaires institutionnelle. Autres exemples. Effets dans la société anonyme.

II. Action individuelle en révocation. — Son utilité, sa légitimité. Pourquoi elle n'est pas admise actuellement. Comment elle découle de la théorie institutionnelle. Disposition du projet Dauthy. Difficultés pratiques. Attribuée aux administrateurs par l'irrévocabilité sans juste cause la direction devient plus facile à révoquer pour juste cause. A qui doit-on accorder l'action en révocation ? Elle est le droit commun des sociétés. Article 1856. Précautions. Effets salutaires.

Conclusion. — Tableau résumé de la société réformée. Nécessité d'une réforme morale des personnes.

ERRATA

Page 11, ligne 18, lire « Le nombre des actionnaires », au lieu de « Le nombre des actions ».

Page 15, note 2, lire « L'expression *de la volonté* du souverain », au lieu de « L'expression du souverain ».

Page 30, ligne 16, lire « ...la majorité ne coïncidaient pas... », au lieu de « ...la majorité ne coïncidant pas.. ».

Page 55, ligne 3, lire « ...conséquences fâcheuses qui *en* découlent... », au lieu de « ...conséquences fâcheuses qui découlent ».

Page 63, ligne 21, lire « ...droit de vote *qu'aux* seules actions » au lieu de « ...droit de vote aux seules actions ».

Page 90, ligne 19, lire « ...privilèges de vote *bien moindres*, les plus fréquents... », au lieu de « ...privilèges de vote ; les plus... ».

Page 90, ligne 20, lire « ...10 et 5 voix », au lieu de « ...10 et 15 voix ».

Page 131, ligne 27, lire « ...ils sacrifient... », au lieu de « ...ils sacrifieront... ».

Page 163, note 3, ligne 9, lire « ...selon les *principes* énoncés plus haut », au lieu de « ...selon les énoncés plus hauts ».

Page 172, note 1 in fine, lire « ...n° 117, année 1931 », au lieu de « ...de M. Caillaux, n° 135, année 1931 ».

Page 175, note 1, lire « voir plus haut, page 169 ».

Page 193, ligne 21, lire « ...aux actions qu'*elles* possèdent », au lieu de « ...qu'*ils* possèdent ».

Page 198, lire « ...35.000 frs de dommages et intérêts », au lieu de « ...40.000 frs de dommages et intérêts ».

Page 199, note 2, lire « ...rev. tr. de D^r civ. 1924 », au lieu de « ...1925 ».

Page 212, ligne 15, lire « ...sous forme *de hausse* des titres », au lieu de « ...sous forme de titres ».

Page 227, ligne 13, lire « ...les fautes qui ne sont *ni réparées*, ni couvertes... », au lieu de « ...les fautes qui ne sont ni couvertes... ».

Page 244, note 1, lire « cf. M. Pic. op. cit. T. 1^{er}, p. 58 et suiv. ».

Page 250, lire « ...*Lucien Brun* (Emmanuel)... janvier 1929 », au lieu de « ...1926 ».

Lire *Marin* (Xavier)... *Revue des sociétés*, au lieu de « *Revue sociale* ».

